

PANDECTÆ

JUSTINIANEÆ.

TOM. II.

A LIBRO XIII. AD XXIX.

Cet Ouvrage se trouve aussi :

A Turin, chez { Bocca, Libraire.
Pic, Libraire.

A Leyde, chez les frères Murray, Libraires.

A Florence, chez G. Piatti, Libraire.

A Milan, chez P. Giegler, Libraire.

A Naples, chez Santorelli, Libraire.

A Rennes, chez Duchesne, Libraire.

A Lyon, chez Maire, Libraire.

A Toulouse, chez Vieusseux, Libraire.

A Grenoble, chez Falcon, Libraire.

PANDECTÆ
JUSTINIANEÆ,
IN NOVUM ORDINEM DIGESTÆ,
CUM LEGIBUS CODICIS, ET NOVELLIS,

QUÆ JUS PANDECTARUM CONFIRMANT, EXPLICANT AUT ABROGANT.

Præfixus est INDEX Titulorum et Divisionum omnium, quo totius Operis specimen quoddam et quasi materiarum Appendix exhibetur:

Subjecta quoque TABULA, qua nominatim Leges omnes cum suis Paragraphis et Versiculis ordini DIGESTORUM restituuntur.

AUCTORE R. J. POTHIER.

TOMUS SECUNDUS.

PARISIIS,

APUD { GARNERY, BIBLIOPOLAM, via dicta du Pot-de-Fer, n.° 14.
FR. IGN. FOURNIER, BIBLIOPOLAM, via dicta Macon, n° 10. }

M. DCCC. XVIII.



INDEX ALPHABETICUS
OMNIUM TITULORUM
Qui continentur in corpore Digestorum et Codicis.

Prior Numerus Librum, alter Titulum indicat.

D

G

H

I

L

O

Q

R

S

T

INDEX

LIBRORUM ET TITULORUM

QUI IN HOC TOMO CONTINENTUR,

Cum serie et ordine singularum cujusque Tituli divisionum :

Totius Operis specimen quoddam, et materiarum quasi Appendicem exhibens.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARTIS TERTIÆ SERIES.

LIBER DECIMUS-TERTIUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

LIBER DECIMUS-QUARTUS.

TITULUS IV.

TITULUS V.

TITULUS VI.

LIBER DECIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

LIBER DECIMUS-SEXTUS.

TITULUS II.

TITULUS III.

LIBER DECIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

LIBER DECIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

TITULUS VI.

TITULUS VII.

LIBER DECIMUS-NONUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

Locati-conducti. 207

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS QUARTA.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

TITULUS VI.

LIBER VIGESIMUS-PRIMUS.

TITULUS I.

LIBER VIGESIMUS-SECUNDUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

TITULUS VI.

LIBER VIGESIMUS-TERTIUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

LIBER VIGESIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

TITULUS III.

LIBER VIGESIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

LIBER VIGESIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS X.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS QUINTA.

LIBER VIGESIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

TITULUS II.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

TITULUS VI.

LIBER VIGESIMUS-NONUS.

TITULUS II.

TITULUS III.

TITULUS IV.

TITULUS V.

FINIS INDICIS DIVISIONUM TOMI SECUNDI.

PANDECTÆ
JUSTINIANEÆ,
IN NOVUM ORDINEM DIGESTÆ,
CUM LEGIBUS CODICIS, ET NOVELLIS,
QUÆ JUS PANDECTARUM CONFIRMANT, EXPLICANT AUT ABROGANT.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM
PARTIS TERTIÆ SERIES.

LIBER DECIMUS-TERTIUS.
TITULUS I.
DE CONDICTIONE FURTIVA.

CONDICTIONES *de quibus libro præcedenti egimus, dantur non dominis : hæc autem datur domino cui res sua subrepta est, ut qui eam subripuit, ipsi eam reddere teneatur.*

Circa hanc Condictionem hæc potissimum quæruntur : Cui et adversus quem et quarum rerum nomine detur ; quandiu competat ; et quid in hac Condictione præstandum veniat.

ARTICULUS I.

Cui, et adversus quem, et quarum rerum nomine detur Condictio Furtiva.

§ 1. *Cui detur.*

I. In furtiva re, soli domino Condictio competit. *l.* 1. ULP. LIB. 18. AD SABIN.

Qualis ergo Furti actio detur ei cui res commodata est, quæsitum est ? Et puto omnibus quorum periculo res alienæ sunt, veluti commodati (1), item locati, pignorisve accepti, si hæ subreptæ sint, omnibus (2) Furti actiones competere : Condictio autem ei demum competit qui dominium habet. *l.* 14. § 16. *ff. de Furtis.* ULP. LIB. 29. AD ED.

II. Tandiu autem Condictioni locus erit, donec domini facto dominium ejus rei ab eo recedat : et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit. *l.* 10. § 2. ULP. LIB. 38. AD ED.

Unde Celsus libro 12 Digestorum scribit, Si rem furtivam dominus pure legaverit furi, heredem ei condicere non posse. Sed etsi non ipsi furi, sed alii ; idem dicendum est, cessare Condictionem : quia dominium facto testatoris (id est, domini) discessit. *d. l.* 10. § 3.

(1) Schultingius legit *commodatæ, locatæ, pignorive acceptæ.*

(2) Idem Schultingius et ante eum Pithœus legunt *omnes ;* et intelligunt de omnibus actionibus *Furti* pœnalibus; *Manifesti, Nec manifesti, Concepti, Oblati, Prohibiti, Non exhibiti.*

Quod si non facto domini, dominium ab eo discesserit; Condictio Furtiva perget ei competere.

Et ideo eleganter Marcellus definit libro 7. Ait enim : Si res mihi (1) subrepta tua remanest, condices : sed etsi dominium non tuo facto amiseris, æque condices. *l.* 12. ULP. LIB. 38. AD ED.

In communi igitur re eleganter ait interesse utrum tu provocasti Communi dividundo judicio, an provocatus es; ut, si provocasti Communi dividundo judicio, amiseris Condictionem; si provocatus es, retineas. *d. l.* 12. § 1.

III. *Ex supra dictis sequitur quod* Si servus furtivus sub conditione legatus fuerit; pendente eo, heres Condictionem habebit : et, si lite contestata conditio extiterit, absolutio sequi debebit; perinde ac si idem servus sub conditione liber esse jussus fuisset, et lite contestata conditio extitisset. Nam nec petitoris jam interest, hominem recipere : et res sine dolo malo furis, ejus (2) esse desiit.

Quod si pendente conditione judicaretur; judex æstimare debebit quanti emptorem invenerit. *l.* 14. JULIAN. LIB. 22. DIGEST.

Similiter Si statuliber subreptus sit, vel res sub conditione legata; deinde antequam adeatur (3), extiterit conditio : Furti (4) jam agi non potest, quia desiit interesse heredis (5); pendente autem conditione, tanti æstimandus est quanti emptorem potest invenire. *l.* 52. (*Alias* 53.) § 29. *ff. de Furt.* ULP. LIB. 37. AD ED.

Obiter nota, conditione existente : Sed nec legatarius condicere potest; ei enim competit Condictio cui res subrepta est, vel heredi ejus : sed vindicare rem legatam ab eo potest. *l.* 11. PAUL. LIB. 39. AD ED.

IV. *Vidimus solum dominum et quidem cui res surrepta sit agere posse Condictione furtiva : cæterum agere videtur quum quis ejus nomine agit.*

Hinc Condicere rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt. *l.* 56. (*Alias* 58.) § 4. ❡ *condicere ff. de Furtis.* JULIAN. 22. DIGEST.

V. *Soli quidem domino datur* Condictio Furtiva. *Verum cæteris ad repetendam possessionem rei quæ ipsis surrepta est, Condictio* Incerti *datur.*

Hinc Neratius (libris Membranarum) Aristonem existimasse refert, eum cui pignori res data sit (6), incerti Condictione acturum, si ea subrepta est. *l.* 12. § 2. ULP. LIB. 38. AD ED.

§ 2. *Adversus quem* Condictio Furtiva *competat, et in quo differat ab actione* Furti.

VI. Sive manifestus fur, sive nec manifestus sit; poterit ei condici. *l.* 10. ULP. LIB. 38. AD ED.

Et quoque qui Vi bonorum raptorum tenetur, condici posse Julianus libro 22 Digestorum significat. *d. l.* 10. § 1.

Item non solum qui in ipsa re, sed et qui in rei usu aut possessione furtum admittit, hac Condictione tenetur.

Hinc Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, Condictione quoque ex furtiva causa obstringitur : quæ differt ab actione Commodati hoc quod, etiamsi sine dolo malo et culpa ejus interierit res, Condictione tamen tenetur; cum in Commodati actione non facile ultra culpam, et in Depositi non ultra dolum malum teneatur is cum quo Depositi agitur. *l.* 16. POMPON. LIB. 38. AD Q. MUCIUM.

Hinc V. G. Si servus meus rem meam tibi, scienti nolle me tibi commodari, commodaverit; et Commodati (7) et Furti (8) nascitur actio, et prætera Condictio ex causa furtiva. *l.* 14. *ff. Commodati.* ULP. LIB. 48. AD SABIN.

VII. *Hucusque circa eos adversus quos datur, convenit* Condictio Furtiva *cum actione Furti; in pluribus autem differt.*

I.um Discrimen : Nunquam enim ea Condictione alius quam qui fecit (9) tenetur aut heres ejus. *l.* 5. ❡ *nunquam.* PAUL. LIB. 9. AD SABIN.

Proinde et si ope consilio alicujus (10) furtum factum sit, Condictione non tenebitur; etsi Furti tenetur. *l.* 6. ULP. LIB. 38. AD ED.

II.um Discrimen : Quum plures furtum fecerunt, ita singuli in solidum tenentur Condictione Furtiva, *ut exactio ab uno facta cæteros liberet : secus in actione* Furti.

Hoc docent Diocletianus et Maximianus. Præses provinciæ sciens Furti quidem actione singulos

(1) *Mihi* scilicet per quem tu rem possidebas. Forte melius legeretur, *tibi.*

(2) Heredis scilicet; et quidem facto defuncti qui eam legavit.

(3) Antequam adeatur judex.

(4) Id est, *Condictione Furtiva :* quæ nonnunquam etiam appellatur actio *Furti* quamvis valde differat ab actione *Furti* pœnali Ita Accurs.

(5) Et desiit esse res ejus. Hæc autem Condictio soli domino competit.

(6) Quinetiam et commodatario cui res commodata surrepta erat, hanc actionem plerique Veteres concesserunt; arg. l. fin. § 3. Cod. *de Furtis.*

(7) Quæ actio *Commodati* per servum meum ex ejus contractu mihi acquiritur.

(8) Furtum enim facis in usu rei meæ, dum uteris sciens me invitum.

(9) Id est, qui aut ipse furtum fecit, aut per aliquod factum externum furem adjuvit; non is qui consilio duntaxat furem instruxit : quæ interpretatio colligitur ex l. 53. § 1. ff. *de V. S.* ubi dicitur ei cujus ope factum est furtum posse condici; ei cujus consilio factum est, condici non posse. Faber aliter hanc legem 53. § 1. accipit; scilicet de eo duntaxat qui ita opem tulit, ut ipse quoque rem contrectando fur esset : censet enim Faber soli furi condici posse. Sed nimis a textu recedit hæc interpretatio.

(10) Qui citra ullum factum externum opem furto tulit; puta consiliis instruendo furem. Vid. Not. præced.

quosque in solidum teneri; Condictionis vero nummorum furtim substractorum electionem esse, ac tum demum si ab uno satisfactum fuerit, cæteros liberari (1); Jure proferre Sententiam curabit. *l.* 1. *Cod. h. t.*

VIII. *III.um Discrimen : Quum servus furtum fecit*, Condictione Furtiva *dominus ita tenetur si ad ipsum pervenit, et quatenus pervenit; actio autem* Furti, *cum sit noxalis, caput sequitur.*

Hinc Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum perveuit : in residuum (2), noxæ servum dominus dedere potest. *l.* 4. ULP. LIB. 41. AD SABIN.

Obiter nota : Ex furtiva causa filiofamilias condici potest. *l.* 5. PAUL. LIB. 9. AD SABIN.

Similiter Julianus ex persona filiæ quæ res amovit, dandam in patrem Condictionem in peculium (3) respondit. *l.* 19. PAUL. LIB. 3. AD NERAT.

IV.um Discrimen ex eodem principio nascitur, nimirum : Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber Furti tenetur; condici autem ei non potest nisi liber contrectaverit (4). *l.* 15. CELSUS LIB. 12. DIGEST.

IX. *V.um Discrimen : Actio Furti cum sit pœnalis non datur in heredem : contra* Condictio rei furtivæ quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat. *l.* 7. § 2. ULP. LIB. 42. AD SABIN.

Et quidem Condictioni ex causa furtiva, et furiosi, et infantes obligantur, quum heredes necessarii extiterunt; quamvis (5) cum eis agi non possit. *l.* 2. POMPON. LIB. 17. AD SABIN.

In Condictione ex causa furtiva non pro parte quæ pervenit, sed in solidum tenemur dum soli heredes sumus : pro parte autem heres, pro ea parte pro qua heres est, tenetur. *l.* 9. ULP. LIB. 30. AD ED.

Etsi nihil penitus ad heredem pervenerit, nihilominus tenetur.

Hinc Nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit; sed etsi apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum; post mortem tamen furis dicendum est Condictionem adversus heredem durare.

Quæ in herede diximus, eadem erunt et in cæteris successoribus. *sup. d. l.* 7. § 2.

§ 3. *Quarum rerum nomine* Condictio Furtiva *competat.*

X. *Non solum ipsius rei nomine quæ primo surrepta est, hæc Condictio datur : sed postquam res extincta est, Condictio competit etiam eorum nomine quæ ex ea re supersunt; si hæc quoque contrectata sunt.*

Igitur Bove subrepto et occiso, Condictio et bovis (6) et corii et carnis domino competit; scilicet si et corium et caro (7) contrectata fuerint : cornua quoque condicentur.

Sed si dominus Condictione bovis pretium consecutus fuerit, et postea aliquid eorum de quibus supra dictum est condicet; omnimodo exceptione summovebitur.

Contra si corium condixerit, et pretium ejus consecutus bovem condicet; offerente fure pretium bovis, detracto pretio corii, Doli mali exceptione summovebitur. *l.* 14. § 2. JULIAN. LIB. 22. DIGEST.

Idem Juris est ovis subreptis : nam et mustum et vinacia Jure condici possunt. *d. l.* 14. § 3.

XI. Quamvis autem earum quoque rerum quas quis non abstulit, Furti (8) teneatur; attamen condici ei non potest : idcirco quia condici ea res quæ ablata est, potest. Et ita et Pomponius scribit. *l.* 21. § *fin. ff. de Furtis.* ULP. LIB. 40. AD SABIN.

Liberarum personarum nomine licet Furti actio sit, Condictio tamen nusquam est. *l.* 38. *(Alias 39.)* § 1. *ff. de Furtis.* PAUL. LIB. 9. AD SABIN.

ARTICULUS II.

Quandiu competat Condictio Furtiva, *et quid in ea præstandum veniat.*

§ 1. *Quandiu competat.*

XII. *Tandiu competit* Condictio Furtiva *donec res ad dominum redierit.*

Hinc Ulpianus : Ita demum autem *etiam* manifestus fur Condictione tenebitur, si deprehensa (9)

(1) Ratio discriminis est, quod ex *Condictione Furtiva* idem a singulis debetur; scilicet rei furtivæ restitutio, porro bona fides non patitur ut bis idem exigatur : ex actionibus autem *Furti*, singuli suam pœnam debent.

(2) Hoc non sic intellige ut pro residuo quod in *Condictione Furtiva* venit, possit servum noxæ dedere : nam [ut infra videbimus] *Condictio Furtiva* non est noxalis : sed pro eo quod in residuum, id est, quod præterea hujus furti nomine teneri potest [scilicet pro actione pœnali *Furti*] dominus servum noxæ dedere potest.

(3) Id est, quatenus filiæ peculium ex furto locupletius factum est.

(4) Tunc enim contrectando novum furtum committet, ex quo *Condictione Furtiva* tenebitur. Ex hac lege manifeste apparet *Condictionem Furtivam* non esse noxalem; non enim cum capite ambulat, et servus ex furto in servitute admisso hac actione non tenetur. Ratio est quod hæc actio cum sit rei persecutoria, hac in re magis imitatur actiones ex contractu ut non sit noxalis.

(5) Hereditario nomine conveniuntur; quamvis proprio nomine cum eis agi non possit, quia ipsi furtum committere non possunt.

(6) Nam re furtiva extincta, ejus *Condictio Furtiva* durat : ut videb. Art. seq.

(7) Nam enim id quod ex re mea superest, meum sit; fur hoc contrectando novum hujus rei furtum fecit, ex quo *Condictio Furtiva* nascitur.

(8) *Furti* actione pœnali : finge furem rem contrectasse; et antequam eam tolleret, deprehensum fugisse.

(9) Id est, apprehensa.

non fuerit a domino possessio ejus. Cæterum nemo furum Condictione tenetur posteaquam dominus possessionem apprehendit. Et ideo Julianus, ut procedat in fure manifesto tractare de Condictione, ita proponit; furem deprehensum, aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id quod interceperat. *l.* 10. ¶ *ita demum.* ULP. LIB. 38. AD ED.

Pecuniam sibi a falso creditoris procuratore subreptam recepisse videtur debitor, quum creditore solutionem ratam habente liberationem consequitur; adeoque Condictio Furtiva *extinguitur : secus si indebitam solvisset.*

Hoc docet Papinianus. Ita ille : Si Titius cujus nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat; ipse quidem Titius Negotiorum gestorum aget : [et] ei vero qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit Indebiti Condictio (1); adversus falsum procuratorem Furtiva durabit (2). Electo Titio, non inique per Doli exceptionem (3) uti præstetur ei Furtiva Condictio desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita; ratum habente Titio, Furti actio evanescit; quia debitor (4) liberatur. *l.* 80. *(Alias* 81.*)* § 5. *ff. de Furt.* PAPIN. LIB. 12. QUÆST.

Donec autem res ad dominum redierit, durat Condictio Furtiva. Et quidem etiam Si pro fure damnum decisum sit, Condictionem non impediri verissimum est. Decisione enim, Furti quidem actio, non autem Condictio tollitur. *l.* 7. ULP. LIB. 42. AD SABIN.

XIII. *Non extinguitur* Condictio Furtiva *rei furtivæ interitu.*

Hinc Si colonus post lustrum conductionis anno amplius fructus invito domino perceperit, videndum ne messis et vindemiæ Furti cum eo agi possit? Et mihi dubium non videtur quin, fur etsi consumpserit rem subreptam, repeti ea ab eo possit. *l.* 67. *(Alias* 69.*)* § 5. *ff. de Furtis.* CELSUS LIB. 12. DIGEST.

Hoc obtinet etiamsi citra factum furis et fatali casu res interierit; modo priusquam obtulerit eam.

Enimvero In re furtiva Condictio ipsorum corporum competit. Sed utrum tandiu quandiu extent, an vero etsi desierint esse in rebus humanis? Et, si quidem obtulit (5) fur, sine dubio nulla erit Condictio : si non obtulit, durat Condictio æstimationis (6) ejus; corpus enim ipsum præstari non potest. *l.* 8. ULP. LIB. 27. AD ED.

Consonat quod rescribit Alexander : Persecutionem eorum quæ vi vel furto ablata sunt, etiamsi postea interciderint, integram esse Jure responsum est. *l.* 1. *Cod. de His quæ vi metusve.*

Pariter Diocletianus et Maximianus : Ante oblationem interemptæ rei furtivæ, damnum ad furem pertinere certissimi Juris est. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Et quidem Licet fur paratus fuerit excipere Condictionem, et per me steterit dum in rebus humanis res fuerat condicere eam, postea autem perempta est; tamen durare Condictionem Veteres voluerunt; quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit semper in restituenda ea quam nec debuit auferre, moram facere. *l. fin.* TRYPHON. LIB. 15. DISPUTAT.

XIV. *Non solum autem oblatione rei furtivæ, sed et facta novatione causæ furtivæ hæc mora purgatur.*

Hinc Papinianus : Parvi refert ad tollendam Condictionem offeratur servus furtivus, an in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur. Nec me movet præsens homo fuerit necne (7); cum mora quæ eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur. *l.* 17. LIB. 10. QUÆST.

§ 2. *Quid in* Condictione Furtiva *præstandum veniat.*

XV. *Venit in* Condictione Furtiva *ut ipsa res surrepta restituatur. Sin, debet restitui ejus æstimatio : verum hoc casu* Si ex causa furtiva res condicatur; cujus temporis æstimatio fiat, quæritur? Placet tamen id tempus spectandum, quo res nunquam plurimi (8) fuit : maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. Semper enim moram fur facere videtur. *l.* 8. § 1. ULP. LIB. 27. AD ED.

Adeo autem æstimatur quanti melior fuit, ut hoc obtineat quamvis cura et sumptibus furis melior facta fuerit.

Hinc Ex argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait. Ergo in Condictione poculorum, etiam cælaturæ æstimatio fiet quæ impensa

(1) Quia cum ratum habuerit; ipsi solutum videtur.

(2) Semel enim quæsita debet durare, donec suam pecuniam dominus receperit.

(3) Dolo enim faceret qui his idem exigere vellet; scilicet et a Titio per Condictionem *Indebiti*, et a fure.

(4) Hoc ipso autem quod liberatur, tantum quantum ipsi ablatum est recipit.

(5) Nam oblatione suam moram purgavit; adeoque res desiit esse ejus periculo.

(6) Dicitur *Condictio æstimationis*, effectu inspecto; quia hoc casu officio judicis continetur ut in æstimationem condemnet. Verum si formulam attendas; non æstimatio, sed res ipsa condicitur : ut constat ex l. 91. § fin. ff. *de Verb. oblig.* Quinetiam in hac ipsa nostra lege hoc satis indicat verbum, *durat.*

(7) Oblatio rei debitæ non est sufficiens ad purgandam moram, nisi præsens sit res quæ offertur : infra lib. 22. Tit. *de Usur. et mora*, N. 65. Quum autem novatur obligatio ex causa furtiva, nil refert præsens res fuerit necne : sublata enim per novationem seu *delegationem* obligatione, *moram* quæ huic obligationi adhærebat tolli et *finiri* necesse est.

(8) Hoc singulare est in hac Condictione; et hac ratione nititur, quod fur post furtum statim in mora esse intelligitur : porro res post moram fit periculo debitoris. Nec obstat lex 2. § 3. ff. *de Privat. delict.* quæ ait Condictionem Furtivam *non egredi retrorsum judicii accipiendi tempus.* Nam [ut Stephanus lib. 22. *Basil.* Tit. 6. interpretatur] hoc ita procedit, quum post furtum æstimatio rei furtivæ mutata non est : scilicet hoc tantum vult, non æstimari quanti res ante delictum fuit ut in Lege Aquilia : ita Cujac. ad l. 59. ff. *de Verb. oblig.*

furis facta est. Quemadmodum si infans subreptus adoleverit, æstimatio fit adolescentis; quamvis cura et sumptibus furis creverit. *l.* 13. Paul. lib. 39. ad Ed.

Cavere autem ex hac actione petitor, ei cum quo agitur, non debebit (1). *l.* 14. § 1. Julian. lib. 22. digest.

XVI. Novissime dicendum est, etiam fructus in hac actione venire. *l.* 8. § *fin.* Ulp. lib. 27. ad Ed.

Et generaliter omne lucrum quod ex re furtiva dominus fuisset consecuturus, condicitur. Hinc Paulus : Si condicatur servus ex causa furtiva; id venire in Condictionem certum est, quod intersit agentis : veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendæ : quod et Julianus scribit.

Item si mortuum hominem condicat, consecuturum sit pretium hereditatis (2). *l.* 3. Paul. lib. 9. ad Sabin.

(1) Scilicet quum ex hac causa litis æstimatio soluta est.

(2) Quam potuisset antequam moreretur, adire jussu domini; si non fuisset subreptus.

TITULUS II.

DE CONDICTIONE EX LEGE.

I. Si obligatio Lege nova (1) introducta sit, nec cautum eadem Lege, quo genere actionis experiamur : Ex Lege agendum est. *l. un.* Paul. lib. 2. ad Plaut.

Hujus Condictionis habes exemplum in sequenti Rescripto Diocletiani et Maximiani. Licet ante tempus debita exigi non possint, tamen si te ex primipilo (2) debitorem constitutum fisci, ac patrimonium tuum exhaustum Præses provinciæ compererit; ut ad solutionis securitatem solum fenebris pecuniæ (3) subsidium superesse videatur; commonebit debitorem tuum, si saltem ipse sit solvendo, ut ante definitum tempus debita repræsentet : ut fiscu, cujus ob necessitates publicas causam potiorem esse oportet, debita pecunia exsolvatur (4). *l.* 1. *Cod. h. t.*

II. *Vide alia exempla in. l.* 27. § *fin. et l.* 28. *ff.* Ad Leg. Jul. de adult. *in l.* 65. *ff.* Solut. matr. *et alibi passim.*

(1) Ita vocat eas quæ post Legem XII Tabularum latæ sunt.

(2) *Primipilum* accipe, annonam militarem.

(3) Pecuniæ quam fenori collocasti.

(4) Dabitur igitur fisco *Condictio ex* hac *Lege* adversus debitorem debitoris ex causa primipili, ut repræsentet quod in diem debet.

TITULUS III.

DE CONDICTIONE TRITICARIA, (Alias *Triticiaria.*)

I. Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur Si certum (1) petetur. Qui autem alias res; per Triticariam (2) Condictionem petet. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quæ sint præter pecuniam numeratam (3); sive in pondere sive in mensura constent; sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis

(1) Sensus est, etiam pecuniam numeratam condici posse per Condictionem *Certi.* Cæterum et quævis aliæ res quæ certæ sunt, per hanc *Certi* Condictionem condicuntur : ut vid. supra lib. 12. Tit. *de Reb. cred.*

(2) Ita eam appellari putat Cujacius, quia forte primus qui eam sibi dari impetrabat, de tritico quod sibi debebatur æstiman lo litem habebat. Probabilius est quod scribit Schultingius; ideo ita dictam, quia Edictum quod de ea actione Prætor proposuerat, forte sic conceptum erat : *Triticum, vinum, oleum, vel aliud præter pecuniam numeratam, etc.*

(3) Hæc actio potissimum datur æstimandæ rei quæ debetur gratia, si ea a debitore non præstetur. Unde sequitur ad hanc actionem non pertinere pecuniam numeratam quæ non eget a judice æstimari, cum sit ejus constans æstimatio.

sit : sive jus (1) stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque prædiorum. *l.* 1. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest; veluti ex causa furtiva, vel vi, mobili abrepta. *d. l.* 1. § 1.

Sed et ei qui vi aliquem de fundo dejecit; posse fundum condici, Sabinus scribit, et ita et Celsus: sed ita si dominus sit qui dejectus condicat : cæterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait. *l.* 2. Ulp. lib. 18. ad Sabin.

II. In hac actione si quæratur, res quæ petita est cujus temporis æstimationem recipiat; verius est quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum (2) : Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus. Sed EN ΠΛΑΤΕΙ (id est (3) *latius*) erit spectandum : non enim debet novissimum vitæ tempus æstimari; ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur, in servo forte mortifere vulnerato.

In utroque (4) autem si post moram deterior res facta sit, Marcellus scripsit libro 20 habendam æstimationem quanto deterior res facta sit. Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum : quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio. *l.* 3. Ulp. lib. 27. ad Edict.

III. *Quod ad æstimationem rerum fungibilium attinet quæ hac actione condicuntur ;* Si merx aliqua quæ certo die dari debebat, petita sit; veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit : si de die nihil convenit, quanti tunc quum judicium acciperetur.

Idemque Juris in loco esse, ut primum æstimatio sumatur ejus loci quo dari debuit; si de loco nihil convenit, is locus spectetur quo peteretur. Quod et de cæteris rebus Juris est. *l.* 4. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

De casu autem quo, cum jam merx dari debuisset, fidejussorem creditor accepit, Cujacius monet accipiendum quod ait Africanus : Quum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit, ejus temporis æstimatio spectanda est quo satis acceperit. *l.* 22. *ff. de Oblig. et act.* lib. 3. ad Quæst.

(1) In hoc hæc Condictio latius porrigitur quam Condictio *Certi.*

(2) Atqui infra Tit. *de Usuris* [Part. 3. art. 1. § 3.] pro regula statuitur, In bonæ fidei quidem judiciis æstimationem fieri quanti fuit res ex die moræ usque ad tempus Sententiæ; in stricti vero Juris judiciis, quanti fuit usque ad tempus accepti judicii? Porro Condictiones sunt stricti Juris. Respondet Pacius [*Centur. III. quæst.* 72.] hanc Condictionem *Triticariam* non tam esse actionem specie a cæteris actionibus diversam, quam qualitatem adjectitiam cæterarum actionum : adeoque, quum hac Condictione *Triticaria* agitur ex aliqua causa bonæ fidei [puta, ex causa Depositi, Commodati] æstimationem haberi pro tempore rei judicatæ; et de hac specie hanc legem accipiendam. Quod si ex causa stricti Juris [puta, ex causa Mutui, aut Stipulationis] hac Condictione agetur, secus fore; et æstimationem hoc casu fieri tempore accepti judicii.

Anton. Faber *Conjectur.* lib. 16. ait hanc legem accipiendam de Condictione quæ datur æstimandæ rei gratia, quæ jam in condemnationem deducta est. Quæ sententia videtur satis placere Vinnio *Select. quæst.* lib. 1. cap. 39. Aliis aliter.

(3) Id est, solutius latiusque hoc spectandum est; non exacte momentum mortis.

(4) In utroque casu; sive res extet, sive non.

TITULUS IV.

DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

Transeunt *Pandectarum ordinatores ad aliam Condictionis speciem ; scilicet ejus* Quod certo loco *dari oportet.*

Antequam eam exponamus, quædam præmittemus circa obligationes in quibus locus solutionis exprimitur.

ARTICULUS I.

Præmittuntur quædam circa obligationes in quibus locus solutionis exprimitur.

I. Is qui Certo Loco dare promittit, nullo alio loco quam is in quo promisit, solvere invito stipulatore potest. *l.* 9. Ulp. lib. 47. ad Sabin.

Hinc Philippus : Usuras quæ quotannis in Urbe numerandæ sunt; promittere (1) alio loco dependi nisi ex justa causa exempli ratio minime sinit. *l.* 8. *Cod. de Solutionib.*

II. *Quid si quis in duobus locis solvere promisit? Interest an copulative an alternative hæc loca adjecta sint.*

Si copulative : ut Si quis ita stipulatur, Ephesi et Capuæ; hoc ait, ut Ephesi partem, et Capuæ partem petat. *l.* 2. § 4. Ulp. lib. 27. ad Ed.

(1) Legendum, *permittere.*

Quod si alternative loca adjecta sint, reus quidem ante petitionem electionem habet utro loco solvat; eo autem non solvente, actor utro ex illis locis malit petere potest.

Hoc autem argumento illud comprobatur: Scævola libro 15 Quæstionum ait, Non utique ea quæ tacite insunt stipulationibus, semper in Rei esse potestate. Sed quid debeat, esse in ejus arbitrio; an debeat, non esse: et ideo eum qui Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quandiu ambo vivunt. Cæterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem; ne sit in arbitrio ejus an debeat, dum non vult vivum præstare quem solum debet. Quare et in proposito eum qui promisit Ephesi aut Capuæ, si fuerit in ipsius arbitrio ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse. Semper enim alium locum electurum: sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio an debeat. Quare putat posse ab eo peti altero loco, et sine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scævola, Petitorem electionem habere ubi petat; reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum (1): alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem. *d. l.* 2. § 3.

III. *Cum non alio loco solvi debeat quam eo loci ubi ut solveretur convenit; hinc* Julianus tractat an is qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere sibi dari oportere? Et Julianus scribit, Liberationem non contigisse: atque ideo posse peti quod interest (2). Marcellus autem et alias tractat et apud Julianum notat, Posse dici, etsi mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogar. Plane si non contigit liberatio, dicendum ait superesse petitionem integræ summæ. Quemadmodum si quis insulam alibi fecisset quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ: et ideo quod interest, solum petendum. *d. l.* 2. § 7.

IV. *Vidimus reum alio loco quam ubi convenit, solvere invito stipulatore non posse. Vice versa* Alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum in quem daturum se promisisset, nunquam accederet (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur) non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare. *l.* 1. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Hæc actio est Condictio de qua potissimum hoc Titulo agitur, et quæ jam venit exponenda.

ARTICULUS II.

De Condictione ejus Quod Certo loco *dari oportet.*

V. *Condictio ejus* Quod certo loco *dari oportet, recte definiri potest; Actio arbitraria qua creditor rei alio loco quam ubi debitor degit solvendæ, eam ubi reus degit petit; habita ratione quanti vel sua vel debitoris intersit eam non præstari quo loco præstari debuerat.*

De hac actione ita Alexander: Qui Certo Loco sese soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, Arbitraria actione et in alio loco potest conveniri: in qua venit æstimatio quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo in quo petitur solvi. *l. un. Cod. Ubi conven. qui certo loco, etc.*

Circa hanc actionem videndum 1.° *Ex quibus causis detur;* 2.° *De mentione loci in hac actione facienda;* 3.° *Denique, de officio judicis in eadem actione.*

§ 1. *Ex quibus causis veniat hæc actio.*

VI. Hæc autem actio ex illa stipulatione venit ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari. *l.* 2. § 1. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Interpretatione porrecta est ad cæteras causas stricti Juris ex quibus Certo Loco *aliquid dandum est.*

Hinc Si heres a testatore jussus sit Certo Loco quid dare, Arbitraria actio competit (*l.* 5. Paul. lib. 28.): Aut si mutua pecunia sic data fuerit, ut Certo Loco reddatur. *l.* 6. Pompon. lib. 22. ad Sabin.

Contra In bonæ fidei judiciis, etiamsi in contrahendo convenit ut Certo Loco quid præstetur, Ex empto vel vendito, vel Depositi actio competit; non Arbitraria (3). *l.* 7. Paul. lib. 28. ad Ed.

Si tamen Certo Loco traditurum se quis stipu-

(1) Quum alternatio est in rebus duntaxat, V. G. *Stichum aut Pamphilum;* creditor non habet electionem petendi utrum velit, sed debet petere *Stichum aut Pamphilum.* Si vero alternatio est in locis duntaxat, V. G. *Ephesi aut Capuæ;* reo non solvente, creditor habet electionem petendi utro loco velit. Ergo, quum alternatio est tam in rebus quam in locis; ut quum quis promisit *Pamphilum Ephesi vel Stichum Capuæ;* electio quam creditor promissore non solvente habet petendi utro loco velit, dat ipsi indirecte electionem petendi utram rem velit.

(2) Non totam summam, sed duntaxat quanti interest non fuisse solutum eo loci ubi solvi oportuit.

(3) Cum enim in his judiciis latissima facultas judici concedatur statuendi de eo quod ipsi æquum et bonum videbitur; poterit augere vel minuere condemnationem, prout æstimabit vel creditoris vel debitoris interesse alio loco quam ubi oportebat solvi; adeoque ad hanc actionem recurrere supervacaneum erit, cum sufficiat ordinaria.

latus (1) sit, hac actione utendum (2) erit. *d. l.* 7. § 1.

VII. *Ex solis autem causis quæ in dando consistunt, datur hæc actio Arbitraria. Quum enim quid* Certo Loco *fieri promissum est, supervacanea est; cum hoc casu ordinaria actio* Ex stipulatu *sufficiat.*

Nam V. G. Eum qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est; eo finito, quocumque loco agere posse in id quod interest constat. *l.* 43. *ff. de Judiciis.* Papinian. lib. 27. quæst.

§ 2. *De mentione* Loci *in hac actione facienda.*

VIII. *Hæc actio moveri debet adjecta loci ubi solvi convenit mentione: alioquin* Plus loco *peteret actor. Et, si in alterutro duorum locorum solvi convenit, utriusque debet fieri mentio.*

Igitur Si quis Ephesi decem aut Capuæ hominem dari stipulatus, experiatur; non debet detracto altero loco experiri (3) ne auferat loci utilitatem reo. *l.* 2. § 2. Ulp. lib. 27. ad Ed.

§ 3. *De officio judicis in hac actione.*

IX. Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat: ut, si interfuisset Rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur? Julianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem; cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus ubi sub pœna debebat pecuniam vel sub pignoribus; et distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc Arbitrariam quod interfuit, veniet: et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. *d. l.* 2. § 8.

Ideo in arbitrium judicis refertur hæc actio, quia scimus quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque; maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur; aliis difficilius, et gravibus usuris. *l.* 3. Gaius lib. 9. ad Ed. prov.

X. Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris quam Rei. Quod si Rei interest, minoris fit pecuniæ condemnatio quam intentatum est; aut si actoris, majoris pecuniæ fiat. *sup. d. l.* 2.

Et in hoc differt hæc Arbitraria actio ab ordinaria quæ loco convento movetur. Nam finge aliquid Ephesi deberi: Quod si Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur; nec amplius quid (4): nisi si quid esset stipulatus, vel (5) si temporis utilitas intervenit. *l.* 4. Ulp. lib. 27. ad Ed.

XI. Interdum judex qui ex hac actione cognoscit, cum sit Arbitraria, absolvere reum debet; cautione ab eo exacta, de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? Nonne debebit interdum absolvere? In summa æquitatem quoque ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est. *d. l.* 4. § 1.

XII. *Circa hanc materiam observandum superest quod tractat Africanus. Ita ille:* Centum Capuæ dari stipulatus fidejussorem accepisti. Ea pecunia ab eo, similiter ut ab ipso promissore, peti debebit; id est, ut si alibi quam Capuæ petantur, Arbitraria agi debeat; lisque tanti æstimetur quanti ejus vel actoris interfuerit, eam summam Capuæ potius quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum steterit quominus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri (6). Neque enim hæc causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duæ (7) stipulationes sunt; hic autem una pecuniæ (8) creditæ est: circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio judicis

(1) Passive hic accipitur pro *promisit*, scilicet venditor.

(2) Nec enim utilitas loci potest venire in actione *Ex stipulatu*, quæ est stricti Juris; nisi ad hanc actionem recurratur; cum contra venisset in actione *Ex empto.*

(3) Scilicet quum alio loco ago, quam Ephesi aut Capuæ. Nam si in alterutro ex his locis agam, possum sine adjectione loci agere: ut supra diximus N. 2.

(4) In Arbitraria actione non solum summa quæ in stipulationem deducta est continetur, sed etiam id quanti alterutrius interest eam non solvi loco convento. In hac autem actione ordinaria quæ loco convento movetur, nihil amplius continetur præter summam in stipulationem deductam; nisi quid præterea expresse in stipulationem deductum sit.

(5) *Vel* hic accipe pro *etiamsi*: etiamsi intersit summam non solvi tempore convento; tamen nihil eo nomine ultra summam poterit in actione stricti Juris venire.

(6) Nam obligatio fidejussoris non potest complecti nisi quod est in obligatione Rei principalis. Atqui in obligatione Rei principalis non est nisi ea summa quam promisit; hoc quod interest actoris eam non solvi loco convento, non est in ejus obligatione; nihil enim hoc nomine promisit, sed venit tantum officio judicis.

(7) Fidejussor tenetur quidem tam in usuras quam in sortem. Verum magna est ratio disparitatis: usuræ fuerunt in stipulationem deductæ æque ac sors; sunt quasi duæ stipulationes, una sortis, altera usurarum: continentur igitur usuræ in obligatione Rei principalis. Ergo non mirum si contineantur in obligatione fidejussoris.

(8) In hac vero specie nihil aliud promisit reus quam pecuniam quæ ipsi credita est; nihil promisit præterea: ratio damni quod ex mora solvendi loco convento creditor sensit, venit officio judicis.

committitur. Ejusque differentiæ (1) manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniæ soluta sit et reliquum petatur, officium judicis tale esse debeat ut æstimet quanti actoris intersit eam duntaxat summam quæ petetur, Capuæ solutam esse. *l.* 8. African. lib. 3. quæst.

Consonat quod docet Paulus : Si post moram factam quominus Capuæ solveretur, cum Arbitraria vellet agere, fidejussor acceptus sit ejus actionis nomine; videamus ne ea pecunia quæ ex Sententia judicis accedere potest, non debeatur nec sit in obligatione; adeo ut nunc quoque sorte soluta vel si Capuæ petatur, arbitrium judicis cesset. Nisi si quis dicat, si judex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte quam ex pœna solutum videri; ut superšit petitio ejus quod excedit sortem, et accedat pœna pro eadem quantitate : Quod non puto admittendum; tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse pœnam videatur. *l.* 10. lib. 4. quæst.

(1) Differentia quæ est inter usuras in stipulationem deductas et rationem damni quod ex mora creditor sensit, hinc elucet; quod usuræ in stipulationem deductæ, sorte soluta, si ipsæ non fuerint solutæ, adhuc peti possunt : nimirum quia in obligationem deductæ sunt. At si pecunia aut pars pecuniæ quæ certo loco solvi debuit, postea alibi solvatur non habita ratione damni quod creditor sensit; non potest amplius creditor quidquam petere propter damnum quod circa hanc pecuniam sensit; sed tantum circa eam quæ petitur et solvenda superest.

TITULUS V.

DE PECUNIA CONSTITUTA.

I. Ad *aliam Condictionis speciem transeunt Pandectarum ordinatores, quæ ex* Constituto *nascitur.*

Constitutum *est pactum quo quis quod a se vel ab alio deberetur, id ipsum vel quidpiam aliud vice ejus, se soluturum paciscitur.*

Ait Prætor : « Qui pecuniam debitam Constituit.... Si appareat eum qui Constituit neque » solvisse, neque fecisse; neque per actorem stetit quominus fieret quod Constitutum est.... » Eamque pecuniam quum Constituebatur debitam fuisse, JUDICIUM DABO ». *l.* 1. § 1. *l.* 16. § 2. *et l.* 18. § 1.

Hoc Edicto Prætor favet naturali æquitati : qui Constituta ex consensu facta custodit (1), quoniam grave est fidem fallere. *l.* 1. Ulp. lib. 27. ad Ed.

De his quæ ad substantiam Constituti *pertinent prima Sectione agemus; altera de hujus effectu.*

SECTIO I.

De his quæ ad substantiam Constituti *pertinent.*

Circa substantiam Constituti *quod Prætor hoc Edicto tuetur, hæc dispicienda veniunt : 1.° Pro quo debito Constitui possit; 2.° Quid possit per hoc pactum* Constituti *promitti; et an sic promitti possit, ut diverso modo quam ex pristina causa debeatur; 3.° Quis et cui Constituere; item de qua persona promittere Constituens, et cui paciscis cui Constituitur possit; 4.° Quomodo* Constitutum *contrahatur.*

ARTICULUS I.

Pro quo debito Constitui possit.

II. Debitum autem ex quacumque causa potest Constitui; id est, ex quocumque contractu; sive certi, sive incerti : et si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelæ, vel quocumque alio contractu. *l.* 1. § 6. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Sed etsi ex delicto debitum sit, Constitui potest. Unde Qui Injuriarum vel Furti vel Vi bonorum raptorum tenetur actione, Constituendo tenetur. *l.* 29. Paul. lib. 24. ad Ed.

III. *Nec refert etiam quo Jure deberetur; Nam* Debitum vel natura sufficit. *sup. d. l.* 1. § 7.

Sed et is qui Honoraria actione, non Jure civili obligatus est, Constituendo tenetur : videtur enim debitum et quod Jure Honorario debetur. Et ideo et pater et dominus De peculio obstricti, si Constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem quæ tunc fuit in peculio quum Constituebatur. *l.* 1. § 8. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Vel etiam civile duntaxat debitum sufficit. Unde Si jurejurando delato deberi tibi juraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte De Constituta agis. Sed et si non ultro detulero jusjurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero; quia nemo dubitat modestius facere qui referat, quam ut

(1) Dando ex illo pacto actionem, quamvis ex pactis non soleat actio nasci.

ipse juret : nulla distinctio (1) adhibetur : tametsi ob tuam facilitatem, ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas. *l.* 25. § 5. PAPIN. LIB. 8. QUÆST.

Quod dicimus civile duntaxat debitum sufficere, accipe de debito efficaci.

Si quis autem Constituerit quod Jure (2) civili debebat, Jure Prætorio non debebat, id est, per exceptionem : an Constituendo teneatur, quæritur? Et est verum (ut et Pomponius scribit) eum non teneri : quia debita Juribus (3) non est pecunia, quæ Constituta est. *l.* 3. § 1. ULP. LIB. 27. AD EDICT.

Si tamen ea exceptio sit quæ naturalem obligationem relinquat; debitum est, quod Constitui potest.

Hinc Quod si maritus plus Constituit ex dote quam facere poterat : quia debitum Constituerit, in solidum quidem tenetur (4). *d. l.* 3.

Obiter nota : Sed mulieri in quantum facere potest, condemnatur. *d. l.* 3.

IV. *Non solum quod pure debetur, Constitui potest; sed et quod in diem. Ita Ulpianus :* Si is qui et Jure civili et Prætorio debebat, in diem sit obligatus; an Constituendo teneatur? Et Labeo ait, teneri [constitutum (5)] : quam sententiam et Pedius probat. Et adjicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias quæ nondum peti possunt, Constituta inducta. Quam sententiam non invitus probarim; habet enim utilitatem : ut ex die obligatus, Constituendo se eadem die soluturum, teneatur *l.* 3. § 2. ULP. LIB. 27. AD ED.

Quinetiam quod sub conditione debetur, Constitui potest. Quod tamen cum hac limitatione accipiendum est; scilicet Id quod sub conditione debetur, sive pure sive certo die Constituatur, eadem conditione suspenditur : ut existente conditione, teneatur; deficiente, utraque actio depereat. *l.* 19. PAUL. LIB. 29. AD ED.

Obiter nota : Sed is qui pure debet, si sub conditione Constituat; inquit Pomponius, in hunc utilem (6) actionem esse. *d. l.* 19. § 1.

V. *Ex dictis patet quod* Hactenus igitur Constitutum valebit, si quod Constituitur debitum sit. *l.* 11. ULPIAN. LIB. 27. AD EDICT.

Valet autem Etiamsi nullus appareat qui interim debeat : ut puta, si ante aditam hereditatem debitoris vel capto eo ab hostibus, Constituat quis se soluturum. Nam et Pomponius scribit, valere Constitutum; quoniam debita pecunia Constituta est. *d. l.* 11.

Similiter etiamsi, quum Constituitur, jam desierit existere res debita; si tamen ob moram debeatur, recte Constituitur.

Hinc Promissor Stichi, post moram ab eo factam mortuo Sticho, si Constituerit se pretium ejus soluturum, tenetur. *l.* 1. PAUL. LIB. 29. AD ED.

Idem erit et si ipsum hominem qui mortuus est, solvere Constituat.

Hinc Julianus : Promissor hominis, homine mortuo quum per eum staret quominus traderetur, etsi hominem daturum se Constituerit; De Constituta pecunia tenebitur ut pretium ejus solvat. *l.* 23. LIB. 11. DIGEST.

VI. *Illud observandum est, sufficere ut debitum fuerit quum Constitueretur : nec attenditur an postea desierit deberi.*

Ita Ulpianus : Quod adjicitur, EAMQUE PECUNIAM QUUM CONSTITUEBATUR DEBITAM FUISSE; interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit; ut si quid debitum tunc fuit quum Constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat Constitutum : quia retrorsum se actio refert.

Proinde temporali actione obligatum, Constituendo, Celsus et Julianus teneri debere : licet post Constitutum dies temporalis actionis exierit.

Quare et si post tempus obligationis se soluturum Constituerit, adhuc idem Julianus putat : quoniam eo tempore Constituit quo erat obligatio; licet in id tempus quo non tenebatur. *l.* 18. § 1. ULP. LIB. 27. AD ED.

Simili ratione Si pater vel dominus Constituerit se soluturum quod fuit in peculio; (non minuetur peculium eo quod ex ea causa obstrictus esse cœperit (7); et) licet interierit peculium, non tamen liberatur. *l.* 19. § 2. PAUL. LIB. 29. AD ED.

Nec enim quod crescit peculium aut decrescit, pertinet ad Constitutoriam actionem. *l.* 20. PAUL. LIB. 4. AD PLAUT.

ARTICULUS II.

Quid per Constitutum *promitti possit; et an ita ut diverso modo quam ex pristina causa debeatur.*

§ 1. *Quid possit promitti.*

VII. *Per hoc pactum, vel eadem quantitas quæ debetur promitti potest, vel etiam minor; non major.*

Sed si quis viginti debens, decem Constituit se soluturum; tenebitur. *l.* 13. PAUL. LIB. 29. AD EDICT.

(1) Non distinguitur an ex delatione an ex relatione jusjurandum præstitum sit; cum utroque casu ex jurejurando actio nascatur : quod autem ex ea actione debetur, etsi natura non debeatur, potest Constitui.

(2) Id est, ex subtilitate Juris.

(3) Nec naturali; nec etiam civili, saltem cum effectu.

(4) Scilicet si extraneo constituerit.

(5) Hæc vox abundat.

(6) Id est, efficacem.

(7) Ratio dubitandi circa id quod obiter notat Jurisconsultus *Non minui peculium*, ea est; quod, si pater fidejubeat pro filio erga creditorem peculiarem, in tantum minuitur peculium; quia in tantum filius fit debitor patri. Verum ratio disparitatis est, quod pater qui fidejubet pro filio, negotium gerit filii; quapropter filius fit ejus debitor : pater autem qui Constituit quod ipse actione *De peculio* debet, proprio nomine Constituit, proprium negotium gerit.

At si quis centum aureos debens, ducentos Constituat: in centum tsutummodo tenetur, quia ea pecunia debita est.

Ergo et is qui sortem et usuras quæ non debebantur, Constituit, tenebitur in sortem duntaxat. *l.* 11. § 1. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Sed etsi decem debeantur, et decem et Stichum Constituat; potest dici decem tantummodo nomine teneri. *l.* 12. Paul. lib. 13. ad Ed.

VIII. An *autem* Potest aliud Constitui quam quod debetur, quæsitum est? Sed cum jam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito Constitui. Denique si quis centum debens, frumentum ejusdem pretii constituat; puto valere Constitutum. *l.* 1. § 5. Ulpian. lib. 27. ad Edict.

IX. *Potest etiam quis per hoc pactum promittere, non se aliquid soluturum, sed se pro eo quod debetur certo modo satisfacturum.*

Hinc Si quis Constituerit se pignus daturum; cum utilitas pignorum irrepserit, debet etiam hoc Constitutum admitti. *l.* 14. § 1. Ulp. lib. 27. ad Edict.

Sed etsi quis certam personam fidejussuram pro se Constituerit, nihilominus tenetur; ut Pomponius scribit. Quid tamen si ea persona nolit fidejubere? Puto teneri eum qui Constituit; nisi aliud actum est. Quid si ante decessit? Si mora interveniente, æquum est teneri eum qui Constituit, vel in id quod interest, vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem præstet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri. *d. l.* 14. § 2.

§ 2. *An sic promitti possit, ut diverso modo quam ex pristina causa debeatur.*

X. *Sic Constitui potest etiam ut diverso modo debeatur quam ex pristina causa, puta alio loco vel die. V. G.* Eum qui Ephesi promisit se soluturum, si Constituet alio loco se soluturum, teneri constat. *l.* 5. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Item quum in diem quis debet, Sed et si citeriore die Constituatse soluturum, similiter tenetur. *l.* 4. Paul. lib. 29. ad Ed.

Imo etsi nullus locus nullusve dies priori obligationi adjectus erat; Sed et certo loco aut tempore Constituere quis potest: nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei Constitutum est; sed exemplo Arbitrariæ (1) actionis ubique potest. *l.* 16. § 1. Ulp. lib. 27. ad Ed.

(1) De qua re in Tit. præced. habita mentione loci.

(2) Id est, Constituerint solvere quod alius debet; illius negotium gerentes non suum. Nam Senatusconsultum Velleianum de quo infra agemus, vetat mulieres in rem alterius se obligare.

(3) Non est creditor, sed duntaxat adjectus solutionis gratia. Vid. infra lib. 46. Tit. *de Solutionib.*

ARTICULUS III.

Quis cui Constituere possit, et an etiam alienum debitum; item de qua persona Constituens promittere, et cui pacisci possit is cui Constituitur.

§ 1. *Quis Constituere possit, et cui.*

XI. Ait Prætor: Qui pecuniam debitam constituit.

Qui, sic accipiendum est Quævе; nam et mulieres De Constituta tenentur, si non intercesserint (2). *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Sed si filiusfamilias Constituerit; an teneatur, quæritur? Sed puto verum, et ipsum Constituentem teneri, et patrem De peculio. *d. l.* 1. § 3.

De pupillo etsi nihil sit expressum Edicto, attamen sine tutoris auctoritate Constituendo non obligatur. *d. l.* 1. § 2.

XII. *Cui autem Constitui possit, ita Ulpianus:* Quod exigimus, ut sit debitum quod Constituitur, in rem exactum est; non utique ut is cui Constituitur, creditor sit. Nam et quod ego debeo, tu Constituendo teneberis; et quod tibi debetur, si mihi Constituatur, debetur. *l.* 5. § 2. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Scilicet si tua voluntate, tanquam tibi debitum, debitor tuus mihi Constituat solvere. Cæterum ei qui creditor non est, suo nomine Constitui non potest.

Hinc Si mihi aut Titio stipuler; Titio Constitui suo nomine non posse, Julianus ait: quia non habet petitionem (3), tametsi solvi ei possit. *l.* 7. § 1. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Si vero mihi aut Titio Constitueris te soluturum, mihi competit (4) actio. *l.* 8. Paul. lib. 29. ad Ed.

§ 2. *Quatenus quis alienum debitum Constituere potest.*

XIII. Utrum præsente debitore, an absente Constituat quis, parvi refert. Hoc amplius: Etiam invito (5) Constituere eum posse, Pomponius libro 34 scribit. Unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, postquam qui Constituit pro alio, dominus (6) ei denuntiet ne solvat, In factum exceptionem dandam. Nec immerito Pomponius; nam cum semel sit obligatus qui Constituit, factum debitoris non debet eum excusare. *l.* 27. Ulp. lib. 14. ad Edict.

XIV. *Ita autem quis quod alter debet, utiliter Constituit solvere; si Constituat solvere tanquam ab*

(4) Mihi enim soli videtur Constitutum; Titius adjectus est solutionis gratia, ut erat in priori obligatione.

(5) Nam et pro invito potest solvi.

(6) Is pro quo Constituit. Ant. Faber legit *debitor.*

illo debitum : secus si tanquam a se debitum : ut patet ex specie sequenti.

Lucius Titius Seiorum debitor decessit. Hi persuaserunt Publio Mævio quod hereditas ad eum pertineret : et fecerunt ut epistolam (1) in eos exponeret, debitorem se esse, quasi heredem patrui (2) sui, confitentem; qui et addidit epistolæ suæ, quod IN RATIONES SUAS EADEM PECUNIA PERVENIT. Quæsitum est, cum ad Publium Mævium ex hereditate Lucii Titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita De Constituta pecunia conveniri possit? Et an Doli exceptione uti possit? Respondit, Nec civilem eo nomine actionem competere : sed nec De Constituta, secundum ea quæ proponerentur. Idem quæsiit, usurarum nomine quod ex causa supra scripta datum sit, an repeti possit? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, posse. *l.* 31. SCÆVOLA LIB. 5. DIGEST.

Simili ratione dicendum de patre : Quod si filii nomine decem Constituerit soluturum; quamvis in peculio quinque fuerint, De Constituta in decem tenebitur. *l.* 2. JULIAN. LIB. 1. DIGEST.

Cæterum si plus suo nomine (3) Constituit, non tenebitur in id quod plus est. *l.* 1. § 8. ¶ *fin.* ULP. LIB. 27. AD ED.

§ 3. *De qua persona promittere Constituens possit, et cui pacisci is cui Constituitur.*

XV. *In Constituto sicut in cæteris omnibus conventionibus nemo alteri pacisci, et nemo de alio quam de se promittere potest.*

Sed*enim* si quis Constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur : et ita Pomponius libro 8 scribit. *l.* 5. § 4. ULP. LIB. 27. AD ED.

Vice versa is cui Constituitur, sibi duntaxat non aliis pacisci potest.

Hinc Item si mihi Constituas te soluturum, teneberis : quod si mihi Constitueris Sempronio te soluturum, non teneberis. *d. l.* 5. § 5. ULP. LIB. 27. AD ED.

Hinc et Julianus libro 11 Digestorum scribit, Procuratori Constitui posse : quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori Constituas te soluturum, non domino. *d. l.* 5. § 6.

XVI. *Cæterum ei quis pacisci potest in cujus potestate est.*

Quinetiam Servo quoque Constitui posse constat; et, si servo Constituatur domino solvi vel ipsi servo, qualem (4) servum domino acquirere obligationem. *d. l.* 5. § *fin.*

Idem est et si ei qui bona fide mihi servit, Constitutum fuerit. *l.* 6. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Sed et si filiofamilias Constituatur (5), valet Constitutum. *l.* 7. ULPIAN. LIB. 27. AD EDICT.

XVII. Item tutori pupilli Constitui potest, et actori municipum, et curatori furiosi. *d. l.* 5. § 7.

Sed et ipsi Constituentes tenebuntur. *d. l.* 5. § 8.

Quod Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita Constituatur, MUNICIPIBUS SOLVI, vel PUPILLO, vel FURIOSO vel ADOLESCENTI; utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adolescenti utilem actionem. *d. l.* 5. § 9.

XVIII. *Quod diximus, non posse quem Constituendo promittere nisi de se, confirmat Justinianus* Novell. XV. cap. fin. *Et consequenter statuit ut, si sic Constituerit quis :* Se necnon et hunc et illum *soluturos; pro portione ejus duntaxat valeat Constitutum. Sin vero ita,* Se aut illum : *ipsum solum in solidum obligari : sin vero impersonaliter, puta sic,* Satisfiet ; *nullam ex tali Constituto obligationem contrahi.*

ARTICULUS IV.

Quomodo Constitutum contrahatur.

XIX. *Ad contrahendum Constitutum requiritur ut paciscentes in hoc consentiant ut Constituatur.*

Hinc Eum qui inutiliter stipulatus est; cum stipulari voluerit, non Constitui sibi; dicendum est, De Constituta experiri non animo posse : quoniam non Constituentis sed promittentis factum sit. *l.* 1. § 4. ULPIAN. LIB. 27. AD ED.

Nudus autem consensus sufficit. Constituere autem et præsentes et absentes possumus; sicut pacisci et per nuntium et per nosmetipsos et quibuscumque verbis. *l.* 14. § 3. ULP. LIB. 27. AD ED.

Et licet libera persona sit per quam tibi Constitui; non erit impedimentum quod per liberam personam acquirimus (6) : quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur (7). *l.* 15. PAUL. LIB. 29. AD EDICT.

XX. *Per epistolam quoque recte Constituitur; ut in speciebus sequentibus.*

Species prima. Julianus libro 11 scribit. Titius epis-

(1) Cautionem, *un Billet.*

(2) L. Titii.

(3) Si suo nomine Constituat, id est, tanquam a se debitum : non potest Constituere se soluturum plus quam quod ipse debet : si nomine filii Constituat, potest Constituere totum quod filius debet.

(4) Id est, quemlibet servum. Non posset solvi cuilibet servo; sed domum ei qui exigendis pecuniis præpositus esset : at cuilibet servo Constitui potest; nec enim Constitutum est solutio.

(5) Sive ipsi sive patri *solvi, ei,* Constituatur.

(6) Quidam legunt *non acquirimus.* Potest retineri vulgata lectio, hoc sensu : Non obstat quod hoc casu videremur acquirere per liberam personam; quod Jus non patitur. Nam *ministerium, etc.*

(7) Proprie non per eam hoc casu, sed per nosmetipsos acquirimus. Neque enim hæc persona paciscitur, sed nos hujus ministerio paciscimur : est illa tantum nostræ sententiæ nuntia.

tolam ad me talem emisit : » Scripsi me secundum » mandatum Seii si quid tibi debitum approbatum » erit, me tibi cauturum et soluturum sine contro- » versia ». Tenetur Titius De Constituta pecunia. *l.* 5. § 3. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Secunda Species. Titius Seio epistolam emisit in hæc verba : « Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum » meorum (1) quos tibi reddere debebo Idibus » Maiis probos. Quod si ad diem supra scriptum » non dedero, tunc dare debebo usuras tot ». Quæro an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit ? Marcellus respondit, Si intercessisset stipulatio, successisse. Item quæro an, si non successissent, De Constituta teneatur ? Marcellus respondit, In sortem (2) teneri. Est enim humanior et utilior ista interpretatio. *l.* 24. Marcellus lib. Sing. respons.

Tertia Species. Quidam ad creditorem litteras ejusmodi fecit. « Decem quæ Lucius Titius ex arca » tua mutua acceperat, salva ratione (3) usura- » rum, habes penes me, domine ». Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, actione de Constituta pecunia eum teneri. *l.* 26. Scævola lib. 1. resp.

XXI. *In contrahendo Constituto non necesse est exprimere quantitatem. Nam* Qui constituit se soluturum, tenetur; sive adjicit certam quantitatem, sive non. *l.* 14. Ulp. lib. 27. ad Ed.

Dubitatum est an necesse esset ut dies adjiceretur solutioni.

De hac re ita Paulus : Si sine die Constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba Edicti late pateant (4) : alioquin et confestim agi tecum poterit (5) si, statim ut Constituisti, non solvas. Sed modicum (6) tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur. *l.* 21. § 1. lib. 29. ad Ed.

SECTIO II.

De effectu Constituti, et actione De pecunia Constituta.

XXII. *Constitutum non tollit priorem obligationem, sed novam inducit quæ priori accedit.*

Igitur Ubi quis pro alio Constituit se soluturum; adhuc is pro quo Constituit, obligatus manet. *l.* 28. Gaius lib. 4. ad Ed. provinc.

Quocirca de actione Pecuniæ Constitutæ Vetus fuit dubitatio; an qui hac actione egit, sortis obligationem consumat ? Et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione: quoniam solutio ad utramque obligationem proficit. *l.* 18. § 3. Ulp. lib. 27. ad Ed.

ARTICULUS I.

Quando committatur actio de Constituta pecunia.

§ 1. *Quæ requirantur ad committendam hanc actionem.*

Ad committendam actionem quæ ex Constituto nascitur, duo requiruntur ex verbis Edicti : 1.º Ut Constituens Constituto non satisfecerit ; 2.º Ut per actorem non steterit quominus satisfaceret.

XXIII. Constituto satis non facit qui soluturum se Constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem Constituat se satisdaturum (7); et fidejussorem vel pignora det, non tenetur : quia nihil interest quemadmodum satisfaciat. *l.* 21. § 2. Paul. lib. 29. ad Ed.

Item Constituto non satisfacit, qui solvere vult aliud quam quod solvere Constituit. Hinc in illa specie : Illud aut illud debuit, et Constituit alterum : an vel alterum quod non Constituit solvere possit, quæsitum est ? Dixi, Non esse audiendum, si velit hodie fidem Constitutæ rei frangere. *l.* 25. Pap. lib. 8. quæst.

XXIV. *Constituto etiam non satisfacit, qui solvit alii quam cui solvere Constituit : licet solvat uni ex illis quibus ex vetere obligatione debet.*

Hinc mihi aut Titio dare promisisti. Quod si posteaquam soli mihi te soluturum Constituisti, solveris Titio; nihilominus mihi teneberis (8). *l.* 8. § *fin.* Paul. lib. 29. ad Ed.

Obiter nota : Titius tamen Indebiti condictione tenebitur; ut quod ei perperam (9) solutum est, ei qui solvit reddatur. *l.* 9. Papin. lib. 8. quæst.

Idem est et si ex duobus reis stipulandi, post alteri Constitutum, alteri postea solutum est; quia loco ejus cui jam solutum est, haberi debet (10) is cui Constituitur. *l.* 10. Paul. lib. 29. ad Ed.

(1) Qui me ipsorum tutore auctore tecum contraxerunt.

(2) Non in usuras : nam usuræ futuri temporis non debentur; non potest autem Constitui plus quam quod ex pristina causa debetur.

(3) Id est, cum usuris quæ tunc debebantur.

(4) Id est, porrigi possint etiam ad ea Constituta quæ sine diei mentione fierent; si quidem verbis Edicti nulla diei mentio requiritur.

(5) Videtur Constitutum sine diei adjectione non valere : quia [inquit] ex tali Constituto posset statim agi; quod est contra naturam Constituti : nam *Constituere*, nihil aliud est quam in diem conferre.

(6) Respondet, Constitutum sine adjectione diei, tacite tamen modicum aliquod tempus continere : quod sufficit ut valeat, nec videatur adversari naturæ Constitutorum.

(7) D. Noodt. recte censet legendum *satisfacturum.*

(8) Non quidem priori obligatione, ex qua poteras etiam Titio solvere; sed teneberis actione *Constitutæ pecuniæ*, quia mihi soli soluturum te Constituisti.

(9) Perperam solvit, cum hac solutione non sit liberatus ab actione *Constitutæ pecuniæ*; ergo debet ei succurri per Condictionem *Indebiti.*

(10) Ut enim is ex duobus reis cui solvitur, occupat creditum; et habetur quasi esset solus creditor : ita is ex duobus reis cui Constituitur, occupat creditum; et jam habetur atque si solus creditor esset.

Contra vice versa quando tibi simpliciter debebatur : Si quis duobus pecuniam Constituerit, tibi aut Titio; etsi stricto Jure propria (1) actione pecuniæ Constitutæ manet obligatus etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem (2) adjuvatur. *l.* 30. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

XXV. *Alterum quod ad committendam ex Constituto actionem requiritur, est ut per actorem non steterit quominus Constituens satisfecerit Constituto.*

Verba Edicti sunt, NEQUE PER ACTOREM STETISSE.

Ergo si non stetit per actorem, tenet actio; etiamsi per rerum naturam stetit. Sed magis dicendum est, subveniri reo debere. *l.* 16. § 3. ULP. LIB. 27. AD ED.

§ 2. *Quodnam tempus inspiciatur ad committendam actionem.*

Ex verbis Edicti committitur actio, si nec Constituens fecerit quod Constitutum est, nec per actorem steterit. Quo autem tempore utrumque inspicitur?

XXVI. Hæc autem verba Prætoris, NEQUE FECISSE REUM QUOD CONSTITUIT, utrum ad tempus Constituti (3) pertinent; an vero usque ad litis contestationem trahamus; dubitari potest? Et puto, ad tempus Constituti. *d. l.* 16. § *fin.*

Quamvis autem ipso Jure committatur actio si die Constituti, id est die qua ex lege Constituti solvi debuit, solutum non fuerit : tamen Sed etsi alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla causa justa fuit non accipiendi; æquum est succurri reo, aut exceptione, aut justa interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus judicii ipsi noceat: ut illa verba NEQUE FECISSE, hoc significent; ut neque in diem in quem Constituit, fecerit; neque postea. *l.* 17. PAUL. LIB. 29. AD ED.

XXVII. Item verba illa Prætoris, NEQUE PER ACTOREM STETISSE, eamdem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem Constituti per actorem non steterit, ante stetit, vel postea? Et puto hæc ad diem Constituti referenda. Proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere (4) Pomponius scribit. *l.* 18. ULP. LIB. 27. AD ED.

ARTICULUS II.

Qualis sit hæc actio, et quæ alia ad eam pertineant.

XXVIII. *Vidimus quando committatur actio Constitutæ pecuniæ.* E re autem est hic subjungere utrum pœnam (5) contineat hæc actio, an rei persecutionem? Et magis est (ut etiam Marcellus putat) ut rei sit persecutio (6). *d. l.* 18. § 2.

XXIX. *Actio* Constitutæ pecuniæ *heredi et in heredem datur. Nec solum si pro tuo, sed et* Si pro alieno debito te soluturum Constituisti; Pecuniæ Constitutæ actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit. *l.* 1. *Cod. h. t.* GORDIANUS.

Similiter Justinianus constituit actionem illam heredi et in heredem dari, et semper esse perpetuam; quum certis casibus qui ignorantur, olim esset annalis. l. 2. Cod. h. t.

XXX. *Circa hanc actionem observandum superest quod :* Si duo, quasi duo rei, Constituerimus; vel cum altero agi poterit in solidum. *l.* 16. ULP. LIB. 27. AD ED.

Justinianus beneficium Divisionis *quod Hadrianus fidejussoribus et mandatoribus concesserat, et ad hos reos porrexit.* l. fin. Cod. h. t.

Qui pro alio Constituit (7), *habet etiam beneficium* Ordinis. *Novell. IV. cap.* 1.

APPENDIX

De RECEPTO.

RECEPTUM *erat Constituti species, quo Argentarii in se recipiebant seu solvere Constituebant quod alicui deberetur.*

Ex Recepto nascebatur actio RECEPTITIA, solemnibus verbis composita, *id est, civilis : ut ex Justiniano discimus in l.* 2. *Cod. h. t. In quo differt a Constituto, ex quo Prætoria duntaxat actio nascitur.*

Receptum *minus patebat Constituto quoad personas quæ in se recipere possent; hoc enim Argentariis peculiare erat qui soli* Receptitia *actione tenebantur. Contra latius patebat Constituto quoad res; si quidem quidquid deberetur, sive mobile sive immobile quid foret, recte in se recipiebant Argentarii : cum Constitutum Jure Pandectarum de solis rebus fungibilibus utile esset.* Theophil. *Inst. Tit.* de Action. § 8.

Justinianus abrogavit discrimina quæ inter utramque Constituti speciem erant; Receptitiamque *actionem, in actionem* Constitutæ pecuniæ *transfudit.* l. 2. Cod. de Constit. pecun.

(1) Cujacius emendat et legit *priori actione;* ut sit sensus, manere eum obligatum tibi pecuniæ Constitutæ nomine; non quidem ex Constituto, cum ex Constituti lege potuerit Titio solvere; sed ex priori actione.

(2) Per hanc exceptionem scilicet; *Si non voluntate tua Titio solvi.*

(3) Id est, ad illud tempus intra quod solvere Constituit.

(4) Nocet ipsi quominus possit agere actione *Constitutæ pecuniæ*, quæ datur ex causa violatæ fidei Constituti. Non potest autem hoc casu is qui Constituit, argui violatæ fidei, quod intra idem Constituti non solverit; cum non per ipsum sed per actorem steterit. Cæterum si qua ex priori obligatione actio competit, non prohibetur ea agere.

(5) Quia Prætor hanc actionem ob moram non solventis sua die Constitutum, velut in pœnam ruptæ fidei proponit.

(6) Non enim persequitur nisi id de quo convenit.

(7) Vocem ΑΝΤΙΦΩΝΗΤΗΣ quæ est in hac Novella, et quam vulgata vertit *sponsor* [*un Répondant*], Julianus et Haloander melius verterunt *Constitutæ pecuniæ reus.*

TITULUS VI.

COMMODATI VEL CONTRA.

Pandectarum *ordinatores a Titulo primo libri XII aggressi fuerant tractationem de singulis contractuum nominatorum speciebus ; ex quibus singulae speciales Condictiones descendunt : et eam inchoaverant ab illis contractibus qui* Re *contrahuntur, et inter illos a contractu* Mutui. *Tractationem illam quam interruperant, jam resumunt : et in hoc Titulo alteram contractus qui* Re *contrahatur, speciem exponunt ; scilicet* Commodatum.

Commodatum *est contractus quo res gratis utenda datur ad tempus, finem, modumve certum ; ea lege ut eadem ipsa reddatur.*

De ipso contractu Commodati prima Sectione agemus; altera, de actionibus quæ ex hoc contractu descendunt.

SECTIO I.

De contractu Commodati.

Videndum quæ res in hunc contractum deduci possit ; quæ traditio et in quam usus speciem fieri debeat, et de gratuitate Commodati ; denique inter quas personas possit contrahi necne.

§ 1. *Quæ res in hunc contractum deduci possunt.*

I. Ait Prætor : Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo. *l.* 1. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Hujus Edicti interpretatio non est difficilis. Unum solummodo notandum : quod, qui Edictum concepit, Commodati fecit mentionem ; quum Pacovius Utendi fecit mentionem. Inter Commodatum autem et quantum datum, Labeo quidem ait tantum interesse Utendum inter genus et speciem. Commodari enim rem mobilem ; non etiam soli : utendam dari, etiam soli. Sed, ut apparet, proprie Commodata res dicitur, et quæ soli est (1). Idque et Cassius existimat.

Vivianus amplius, etiam habitationem Commodari posse ait. *d. l.* 1. § 1.

II. *Cæterum* Non potest Commodari id quod usu consumitur : nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. *l.* 3. § *fin.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

Sæpe etiam ad hoc Commodantur pecuniæ, ut dicis gratia (2) numerationis loco ostendantur, (*Florent.*) intercedant. *l.* 4. Gaius lib. 1. de Verb. obligat.

§ 2. *Quæ traditio et in quam usus speciem fieri debeat ; et de gratuitate Commodati.*

III. *In contractu Commodati traditio intervenire debet ; sed ea quæ fiat duntaxat ut qui rem accipit, possit ea ad certum usum uti. Cæterum* Rei Commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus. *d.* 8. Pomp. lib. 5. ad Sabin.

Nemo enim Commodando rem facit ejus cui commodat. *l.* 9. Ulp. lib. 2. ad Ed.

IV. *Nil refert in quam usus speciem res tradatur ; modo gratis.*

Hinc Ulpianus : Nunc videndum in quibus speciebus Commodati actio locum habeat. Et est apud Veteres de hujusmodi speciebus dubitatum. *l.* 5. § 11. Ulp. lib. 28. ad Ed.

V. G. Rem tibi dedi ut creditori tuo pignori dares ; dedisti : non repigneras (3) ut mihi reddas; Labeo ait, Commodati actionem locum habere. Quod ego puto verum esse, nisi merces intervenerit, tunc enim vel In factum, vel Ex locato conducto agendum erit : plane si ego pro te rem pignori dedero tua voluntate, Mandati erit actio. *d. l.* 5. § 12. ad Ed.

§ 3. *Inter quas personas Commodatum contrahi possit necne.*

V. Impuberes Commodati actione non tenentur ; quoniam nec consistit Commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate. Usque adeo ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur (4) ; quia ab initio non constitit. *l.* 1. § *fin.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

Similiter Nec in furiosum Commodati actio danda est.

(1) Sic Romæ divites Poëtis ad versus publice recitandos, domum suam commodabant ; juxta illud Juvenal.

......At si dulcedine famæ
Succensus recites ; Maculonus Commodat *ædes.*
Satyr. 7.

(2) *Pour la forme ;* ut in mancipationibus æs dabatur.

(3) *Repignerare* est luere et liberare pignus.

(4) Tenebitur ergo actione *De dolo.*

Sed Ad exhibendum adversus eos dabitur; ut res exhibita vindicetur. *l.* 2. PAUL. LIB. 29. AD ED.

Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem Commodati actionem; secundum D. Pii Rescriptum (1). *l.* 3. ULP. LIB. 28. AD ED.

VI. *Illud quæritur, an inter me et eum qui bona fide mihi servit hic contractus consistere posset? De qua re ita Ulpianus:* Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, quasi servo rem commodavero: videamus an habeam commodati actionem? Nam et Celsus filius aiebat, si jussissem eum aliquid facere, vel Mandati (2) cum eo vel Præscriptis verbis experiri me posse. Idem ergo et in Commodato erit dicendum. Nec obstat quod non hac mente cum eo quilibet bona fide nobis serviret contraheremus, quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit ut, extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur; veluti quum per errorem indebitum solvendi causa datur. *l.* 13. § 2. POMPON. LIB. 11. AD SABIN.

VII. *Observandum est non requiri ut qui Commodat sit rei commodatæ dominus, dominiive opinionem habeat.*

Nam Commodare possumus alienam rem quam possidemus; tametsi scientes aliena possideamus. *l.* 15. PAUL. LIB. 29. AD EDICT.

Ita ut, etsi fur vel prædo commodaverit, habeat Commodati actionem. *l.* 16. MARCELL. LIB. 5. DIGEST.

SECTIO II.

De actionibus quæ ex Commodati contractu descendunt.

Ex hoc contractu duplex nascitur actio Directa *et* Contraria. *Et quidem Civilis est, non Prætoria hæc actio* Commodati; *quamvis Prætor Edicto suo polliceatur (supra N. 1.) se ex Commodato daturum judicium. Et ita alias sæpissime Pretores, ut moderatores Juris Civilis et custodes, etiam actiones civiles Edictis suis daturos se pollicebantur.*

ARTICULUS I.

De actione Commodati *Directa.*

Actio Commodati Directa *est ea quæ competit ad restitutionem rei commodatæ.*

Circa hanc actionem quæremus 1.° *Cui et adversus quem detur;* 2.° *Quando demum ad rem commodatam reposcendam hac actione agi possit;* 3.° *Quid in ea præstandum veniat;* 4.° *Denique, an pluribus rebus commodatis de singulis separatim agi possit.*

§ 1. *Cui et adversus quem competit.*

VIII. *Actio* Commodati *Directa competit Commodatori adversus Commodatarium.*

Quod si pluribus simul res commodata est quamvis talis fuerit ut nonnisi partem singuli in hujus usu potuerint occupare, tamen singuli in solidum hac actione tenentur.

Hoc docet Ulpianus: Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul; Celsus filius scripsit libro 6 Digestorum, quæri posse utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur? Et ait, Duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem, esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere; usum autem balinei quidem vel porticus, vel campi, uniuscujusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod et alius uteretur. Verum in vehiculo Commodato vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me præstare debere. Quare duo quodam modo rei habebuntur: et, si alter conventus præstiterit, liberabit alterum: et ambobus competit Furti actio (3) (*l.* 5. § *fin.* ULP. LIB. 28. AD. ED.); ut alterutro agente, alterius actio contra furem tollatur. *l.* 6. POMP. LIB. 5. AD SABIN.

Unde quæritur, si alter Furti egerit, an ipse solus debeat Commodati conveniri? Et ait Celsus Si alter conveniatur qui Furti non egit: et paratus sit periculo suo convenire (4) alterum qui Furti agendo lucrum sensit ex re Commodata; debere eum audiri et absolvi. *l.* 7. ULP. LIB. 28. AD ED.

Sed si Legis Aquiliæ adversus socium ejus habuit Commodator actionem, videndum erit ne cedere debeat; si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur Commodati actione sarcire compellitur. Nam (5) etsi adversus ipsum habuit Aquiliæ actionem Commodator, æquissimum est ut Commodati agendo remittat actionem; nisi

(1) Quo in pupillos ex contractibus suis quatenus locupletiores facti sunt utilis actio datur, licet sine tutore contraxerint.

(2) Hoc accipe de utili actione *Mandati* [seu, ut subjicit, actione *Præscriptis verbis* ad instar actionis *Mandati*]. Directam enim hoc casu non competere expressa dicitur in l. 59. § 2. ff. *Mandati.*

(3) Vid. infra lib. 47. Tit. *de Furtis.*

(4) Nomine Commodatoris, cui actio *Commodati* competit.

(5) Finge: servus commodatus est Titio et Seio ut in commune uterentur: Titius hunc servum injuria occidit. Commodator non posset agere *Commodati* actione adversus Titium, nisi ei remitteret actionem *Legis Aquiliæ*; aut saltem non posset actione *Legis Aquiliæ* consequi nisi deducto eo quod jam actione *Commodati* consecutus esset. Ratio est, quia bona fides non patitur ut is Commodator bis idem consequatur: porro eadem ratio facit, ut non possit agere adversus Seium actione *Commodati*, nisi ei cedat actionem *Legis Aquiliæ* quam habet adversus Titium.

forte quis dixerit, agendo eum e Lege Aquilia hoc minus coosecuturum quam ex causa Commodati consecutus est: quod videtur habere rationem. *d. l.* 7. § 1.

IX. Si filiofamilias servove commodatum sit, duntaxat De peculio (1) agendum erit.

Cum filio autem familias ipso, et directo quis poterit.

Sed etsi ancillæ vel filiæfamilias commodaverit, duntaxat De peculio erit agendum (2). *l.* 3. § 4. ULP. LIB. 28. AD ED.

Quod autem dicimus hac actione patrem aut dominum Commodatarii peculio tenus teneri, sic accipe nisi ex proprio dolo conveniatur. Sedenim non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnatur; sed et ipsius quoque domini vel patris fraus duntaxat venit; ut Julianus libro 11 circa Pigneratitiam actionem distinguit. *d. l.* 3. §. 5.

X. *Denique etiam adversus heredem Commodatarii hæc actio datur. Hinc Diocletianus et Maximianus*: De restituendis rebus quas marito obligandas pro se dederas, postquam debitum fuerit extenuatum, Commodati actionem etiam adversus heredes ejus exercere potes. *l.* 3. *Cod. de Commod.*

Heres *autem* ejus qui Commodatum accepit, pro ea parte qua heres est convenitur: nisi forte habuit facultatem totius rei restituendæ, nec faciat. Tunc enim condemnatur in solidum; quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat. *sup. d. l.* 3. § 3.

Similiter Si ex facto heredis agatur Commodati; in solidum condemnatur, licet ex parte heres est. *l.* 17. § 2. PAUL. LIB. 29. AD ED.

§ 2. *Quando demum hac actione res Commodata reposci possit.*

XI. Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est, Commodare; ita modum Commodati finemque præscribere, ejus est qui beneficium tribuit. Quum autem id fecit; id est, postquam commodavit; tunc finem præscribere, et retro agere, atque intempestive usum Commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit; sed et suscepta est obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositæ sunt actiones, ut appareat quod principio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes actionesque civiles: Ut accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoavit; neque enim impune peritura deserit: suscepisset enim fortassis alius, si is non cepisset. VOLUNTATIS EST ENIM SUSCIPERE MANDATUM, NECESSITATIS CONSUMMARE. Igitur si pugillares mihi Commodasti, ut debitor mihi caveret; non recte facies, importune repetendo. Nam si negasses; vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est si ad fulciendam insulam tigna Commodasti; deinde substraxisti, aut etiam sciens viciosa commodaveris. ADJUVARI QUIPPE NOS, NON DECIPI, BENEFICIO OPORTET. Ex quibus causis etiam Contrarium judicium utile (3) esse ducendum est. *d. l.* 17. § 3.

§ 3. *Quid veniat in actione* Commodati *Directa.*

XII. *In actione* Commodati *Directa venit, ut res Commodata restituatur.*

Quatenus autem ad hanc restitutionem teneatur Commodatarius, ita docet Gaius. Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilominus obligatus permanet. Is vero qui utendum accepit; si majore casu cui humana infirmitas resistere non potest, (veluti incendio, ruina, naufragio) rem quam accepit, amiserit; securus (4) est: alias tamen exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur. Nec sufficit ei eamdem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in majoribus casibus si culpa ejus interveniat, tenetur: veluti si quasi amicos ad cœnam invitaturus, argentum quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit; et id aut naufragio aut prædonum hostiumve incursu amiserit. *l.* 1. § 4. *ff. de Oblig. et act.* GAIUS. LIB. 2. AUREOR.

Consonat quod ait Ulpianus: Nunc videndum est quid veniat in commodati actionem: utrum dolus, an et culpa; an vero et omne periculum (5)? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam præstamus. Dolum in deposito: nam quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur solus: nisi forte et merces accessit; tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur; aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum præstet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur; ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate; et dolus et culpa præstatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur; et ideo verior est Q. Mucii sententia, existimantis et cul-

(1) Non vero poterit ex hac causa Noxalis actio dari. Nam actiones ex contractibus servorum, quamvis propter ipsorum dolum dentur, non sunt noxales: ut vid. supra Tit. *de Noxal. act.*

(2) Scilicet adversus patrem aut dominum: ipsa autem filiafamilias tenebitur, ut supra de filiofamilias dictum est.

(3) Id est, efficax.

(4) Ratio disparitatis est, quod, qui rem utendam accepit, ejus rei in specie debitor est: porro obligatio extinguitur, rei debitæ interitu, ut videb. Tit *de Solut. et Liberat* infra lib. 46. At is qui mutuum accepit, non nummorum quos accepit in specie debitor est; sed generis et quantitatis, quæ nunquam pereunt.

(5) Hoc accipe de levissima culpa, non de vi majore quæ absque culpa intervenit; ut mox supra ex Gaio vidimus.

pam præstandam et diligentiam (1). *l.* 5. § 2. ULP. LIB. 28. AD ED.

Maxime autem Et si forte res æstimata data sit, omne periculum (2) præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit. *d. l.* 5. § 3.

XIII. *Ejus diligentiæ quam commodatarius in re commodata præstare tenetur, pars præcipua est quod* Custodiam plane Commodatæ rei etiam diligentem debet præstare. *d. l.* 5. § 5.

Hinc tenetur si surrepta fuerit. Nec refert a quo: nam etsi a Commodatoris servo, tenetur.

V. G. In exercitu contubernalibus (3) vasa utenda communi periculo dedi: ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit, et postea sine vasis receptus est. Habiturum me Commodati actionem cum contubernalibus constat, pro cujusque parte (4). Sed et illi mecum Furti, servi nomine, agere possunt; quando et NOXA CAPUT SEQUITUR; et, si tibi rem periculo tuo utendam Commodavero, eaque a servo meo surripiatur, agere mecum Furti possis servi nomine. *l.* 21. § 1. AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

XIV. Sed an etiam hominis Commodati custodia præstetur, apud Veteres dubitatum est. Nam interdum et hominis custodia præstanda est; si vinctus commodatus est, vel ejus ætatis ut custodia indigeret. Certe si hoc actum est ut custodiam is qui rogavit, præstet; dicendum erit præstare. *sup. d. l.* 5. § 6.

Extra hos casus, non solum Commodatarius non præstat custodiam hominis sibi commodati; sed nec furtum præstat rerum cum eo commodatarum, quas ille homo surripuit: secus de his quas homo ille commodatus perdidisset; quia non debuit ei committere.

Hinc Si me rogaveris ut servum tibi cum lance Commodarem, et servus lancem perdiderit; C. Attilius (5) ait periculum ad te respicere: nam et lancem videri Commodatam; quare culpam in ea quoque præstandam. Plane si servus cum ea fugerit; eum qui Commodatum accepit, non (6) teneri: nisi fugæ præstitit culpam. *d. l.* 5. § 13.

XV. *Circa cæteras res commodatas adeo custodia a Commodatario requiritur, ut, quamvis Commodator rei suæ custodiæ ipse invigilet, tamen hæc custodia Commodatario non remittatur.*

Hoc contra Labeonis sententiam docet Ulpianus. Ita ille: Si de me petisses ut triclinium tibi sternerem, et argentum ad ministerium præberem, et fecero; deinde petisses ut idem sequenti die facerem: et cum commode argentum domum referre non possem, ibi hoc reliquero, et perierit: qua actione agi poterit, et cujus periculum erit? Labeo de periculo scripsit, Multum interesse, custodem posui an non; si posui, ad me periculum spectare; si minus, ad eum penes quem relictum est. Ego puto, Commodati quidem agendum; verum custodiam eum præstare debere penes quem res relictæ sunt, nisi aliud nominatim convenit. *l.* 5. § 14. ULP. LIB. 28. AD ED.

XVI. Usque adeo autem diligentia in re Commodata, diligentia præstari debeat: ut puta, equam tibi commodavi quam pullus comitabatur; etiam pulli te custodiam præstare debere, Veteres responderunt. *d. l.* 5. § 9.

XVII. *Vidimus regulariter Commodatarium de culpa levissima teneri.* Hæc ita, si duntaxat accipientis gratia Commodata sit res: at si utriusque, veluti si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim; scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum præstare debeat: sed videndum est ne et culpa præstanda sit, ut ita culpæ fiat æstimatio sicut in rebus pignori datis et dotalibus æstimari solet (7). *l.* 18. ¶ *hæc ita.* GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Interdum plane dolum solum in re Commodata qui rogavit, præstabit: ut puta, si quis ita convenit; vel si sua duntaxat causa commodavit, sponsæ forte suæ, vel uxoris quo honestius culta ad se deduceretur; vel si quis ludos edens Prætor Scenicis commodavit; vel ipsi Prætori quis ultro commodavit. *d. l.* 5. § 10.

XVIII. *In cujusvis autem gratiam res Commodata sit, non tenetur Commodatarius, quum citra omnem culpam suam non potest eam restituere.*

Hinc si res Commodata est mihi, ad eum usum ut eam pignori darem; Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignorandi, creditor autem nolit reddere pignus; competere tibi ad hoc duntaxat Commodati, ut tibi actiones adversus eum præstem. Abesse autem culpa a me videtur, sive jam solvi pecuniam, sive solvere sum paratus. Sumptus plane litis cæteraque; æquum est eum agnoscere qui Commodatum accepit. *d. l.* 5. § 12. ¶ *idem Labeo.*

Hinc etiam in hac specie: Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis æstimare futurum ut a quibusdam malis hominibus deciperetur; tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent. *l.* 20. JULIAN. LIB. 3. AD URSEIUM FEROCEM.

Multo magis, periculum meum esse non debet in specie sequenti.

(1) Exactissimam scilicet.

(2) Intellige ut in Nota (2) supra mox N. 22.

(3) *Contubernales* sunt decem milites sub eodem papilione degentes. Veget. *de Re milit.*

(4) Nimirum convenerat ut *commune* esset *periculum*, et ut quisque pro sua parte teneretur. Regulariter autem plures Commodatarii, singuli in solidum tenentur supra N. 8. Ita Cujac.

(5) Alias *Cartilius*: et hujus JCti mentio fit in l. 69. ff. *de Hered. instit.*

(6) Minus enim ab eo qui mihi commodatus esset, cavere debebam.

(7) In quibus levis duntaxat, non etiam levissima culpa attenditur.

Commodatam rem missus qui repeteret, quum recepisset, aufugit : si dominus ei dari jusserat, domino perit. *l.* 12. § 1. Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Obiter nota : sed Si commonendi causa miserat ut referretur res Commodata; ei qui commodatus (1) est. *d.* § 1.

In summa damnum cui occurri non potuit, non imputatur Commodatario.

V. G. Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est; aut quid simile accidit : dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui Commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur; nisi forte, quum posset res commodatas salvas facere, suas prætulit. *l.* 5. § 4. Ulp. lib. 68. ad Ed.

XIX. *Igitur* 1.° *Fatalia damna imputabuntur, si culpa aliqua interveniat. Unde Gaius :* In rebus Commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit; veluti mortes servorum quæ sine dolo et culpa ejus accidunt; latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus; ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res ut eam rem peregre secum ferat : alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cœnam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit; sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum præstare debet. *l.* 18. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Similiter Ulpianus : Sed interdum et mortis damnum ad eum qui Commodatum rogavit, pertinet. Nam si tibi equum commodavero ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris; Commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam si servum tibi tectorem commodavero, et de machina ceciderit; periculum meum esse Namusa ait. Sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi ut et in machina operaretur. Cæterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina : aut si machinæ culpa factum, minus diligenter non ab ipso ligatæ, vel funium perticarumque vetustate; dico periculum quod culpa contigit rogantis, commodatum (2) ipsum præstare debere. Nam et Mela scripsit, Si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum Commodati, qui negligentius machinam colligavit. *l.* 5. § 7. Ulpian. lib. 28. ad Ed.

2.° *Ita demum damna fatalia Commodatario non imputantur, nisi specialiter horum periculum susceperit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Ea quidem quæ vi majore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent. Sed cum is qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis, ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur; Præses provinciæ, si probaveris eum indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet. *l.* 1. *Cod. h. t.*

XX. *Vidimus quatenus hac actione Commodatarius rem commodatam restituere teneatur.*

Et quidem debet eam reddere non deteriorem factam. Enimvero Si reddita quidem sit res Commodata, sed deterior reddita; non videbitur reddita, quæ deterior facta redditur : nisi quod interest præstetur. Proprie enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. *l.* 3. § 1. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Hoc ita, nisi ex ipso usu ad quem Commodata est, deterior esset.

Hinc Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum : si nulla culpa tua interveniente, in ipso itinere deterior equus factus sit; non teneris Commodati. Nam ego in culpa ero qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit. *l.* 23. Pompon. lib. 21. ad Q. Mucium.

Et generaliter : Eum qui rem Commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil præstare; si eam in nulla parte, culpa sua deteriorem fecit; verum est. Nam si culpa ejus fecit deteriorem, tenebitur. *l.* 10. Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Non tenetur pariter Commodatarius, si res ab alio citra ipsius culpam si deterior facta. Hinc Ad eos qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, damnum injuria ab alio datum non pertinere procul dubio est (3). Qua enim cura aut diligentia consequi possumus ne aliquis damnum nobis injuria det (4)? *l.* 19. Julian. lib. 1. digest.

XXI. *Illud quoque in hoc judicio venit quod,* Si ut certo loco vel tempore reddatur Commodatum, convenit; officio judicis inest ut rationem loci vel temporis habeat. *l.* 5. Ulp. lib. 28. ad Ed.

XXII. In hac actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur. Et rei judicandæ tempus, quanti res sit observatur : quamvis in stricti (5), litis contestatæ tempus spectetur. *l.* 3. § 2. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Notandum est autem quod : Si quis hac actione egerit, et oblatam litis æstimationem susceperit, rem offerentis facit. *d. l.* 5. § 1.

Similiter Pomponius : Is qui Commodatum accepit, si non apparentis rei nomine Commodati condemnetur, cavendum ei est ut repertam dominus ei præstet. *l.* 13. Idem lib. 11. ad Sabin.

(1) Id est, qui commodato accepit. Hujus enim culpa est, tali commisisse rem commodatam.

(2) Eum cui servus commodatus est.

(3) Nisi tamen a correo debendi datum esset. Supra N. 8.

(4) Vid. l. 41. ff. Locati Infra lib. 19.

(5) Supple, *Juris*; et ita sæpe in Nostris.

§ 4. *Pluribus rebus Commodatis, an de singulis separatim agi possit.*

XXIII. Duabus rebus commodatis, recte de altera Commodati agi Posse Vivianus scripsit. Quod ita videri verum si separatæ sint, Pomponius scripsit. Nam eum qui carrucham puta vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus. *l.* 17. § 4. PAUL. LIB. 29. AD ED.

ARTICULUS II.

De Contraria Commodati *actione.*

XXIV. *Contraria* Commodati *actio Commodatario adversus Commodatorem competit.*

Ex pluribus causis datur; veluti si Commodatarius prohibeatur uti ad eum usum ad quem res commodata est.

Hinc Julianus Denique ait: Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris; egoque hoc interlevero: si quidem ad hoc tibi commodavero ut caveretur tibi in eo; teneri me tibi Contrario judicio (1): si minus, neque me certiorasti tibi chirographum esse scriptum; etiam teneris mihi, (inquit) Commodati. Imo ait, etiam Furti; quoniam aliter re commodata usus es: quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est, utitur, Furti tenetur. *l.* 5. § 8. ¶ *denique*. ULP. LIB. 28. AD ED.

XXV. *Ex pluribus aliis causis hæc actio Contraria datur, quas ita refert Gaius.*

Possunt justæ causæ intervenire ex quibus cum eo qui commodasset, agi deberet. Veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam requirendi reducendique ejus causa factæ essent. Nam cibariorum impensæ, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet. Modica enim impendia verius est ut, sicuti cibariorum, ad eum pertineant. *l.* 18. § 2. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

XXVI. *Item Contrario judicio agit Commodatarius, ejus damni nomine quod sensit ex vitio rei commodatæ; quod Commodator, quum sciret, non prædixit.*

Hinc V. G. Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est; condemnandus eo nomine est. *d. l.* 18. § 3.

Similiter Si servus quem tibi commodaverim, fructum fecerit; utrum sufficiat Contraria Commodati actio, quemadmodum competit si quid in curationem servi impendisti, an Furti agendum sit, quæritur? Et Furti quidem noxalem habere qui Commodatum rogavit, procul dubio est: Contraria autem Commodati tunc eum teneri, quum sciens talem esse servum ignoranti commodavit. *l.* 22. PAUL. LIB. 22. AD ED.

XXVII. *Aliam causam videamus ex qua hæc actio datur.* Rem Commodatam perdidi, et pro ea pretium dedi (2): deinde res in potestate tua venit. Labeo ait, Contrario judicio aut rem mihi præstare te debere, aut quod a me accepisti reddere. *l.* 17. § *fin.* PAUL. LIB. 29. AD ED.

Similiter Rem mihi commodasti; eamdem subripuisti: deinde cum Commodati ageres, nec a te scirem esse subreptam, judex me condemnavit; et solvi. Postea comperi a te esse subreptam. Quæsitum est quæ mihi tecum actio sit? Respondit, Furti quidem non esse (3), sed Commodati Contrarium judicium utile mihi fore. *l.* 21. AFRICANUS LIB. 8. QUÆST.

XXVIII. *Circa plerasque causas quas retulimus, unum notandum est:* Quod autem Contrario judicio consequi quisque potest; id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis (4).

Sed fieri potest ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat; aut judex pensationis rationem non habeat (5); aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse Contrariam actionem. *l.* 18. § 4. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Igitur Contraria Commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et cæteræ quæ dicuntur CONTRARIÆ. *l.* 17. § 1. PAUL. LIB. 29. AD ED.

(1) Eo quod, delendo cautionem, prohibueris me uti codice ad eum usum ad quem illum Commodaveras.

(2) Tibi qui mihi eam Commodaveras.

(3) Nec enim furtum rei suæ esse potest.

(4) Id est, compensationis.

(5) Per omissionem; nam si repudiasset, exceptio *Rei judicatæ* obstaret.

TITULUS VII.

DE PIGNERATITIA ACTIONE VEL CONTRA.

I. Proponitur *in hoc Titulo tertia contractus qui* Re *contrahitur species; nimirum* Pignus.

Definiri potest, Contractus quo res in securitatem debiti possidenda ea lege traditur, ut soluto debito ipsa in specie reddatur.

De jure quod creditori nascitur ex hac traditione, fuse agitur infra toto libro 20.

Hic autem Titulus pertinet duntaxat ad actiones personales quæ ex hoc contractu descendunt.

Duæ sunt, Directa *et* Contraria : *de quibus singulis Articulis agemus; circa utramque prius observato, quod non solum ex simplici pignore nascitur, sed etiam ex Antichresi.*

Hinc Marcianus : Si pecuniam debitor solverit, potest Pigneratitia actione uti ad recuperandam ΑΝΤΙΧΡΗΣΙΝ (1). Nam cum pignus (2) sit, hoc verbo potest uti. *l.* 33. lib. sing. ad formulam hypothecariam.

ARTICULUS I.

De Pigneratitia *actione Directa.*

Actio Pigneratitia *Directa, est ea quæ ei qui pignus constituit, datur adversus creditorem ut soluto debito rem reddat; vel, si eam distraxit ad exsolutionem debiti, quod ex pretio superest, reddat.*

Circa hanc actionem hæc quæri possunt: Cui et adversus quem et quando competat; quid ea actione petatur; et an aliqua præscriptione temporis possit excludi.

§ 1. *Cui et adversus quem competat.*

II. *Competit hæc actio ei qui rem pignori dedit, adversus eum cui datum est.*

Is quoque qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest Pigneratitia (3) experiri. *l.* 9. § 4. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Hoc adeo verum est ut Si prædo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus Pigneratitia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet; a prædone enim fructus et vindicari extantes possunt, et consumpti condici. Proderit (4) igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit. *l.* 22. § 2. Ulp. lib. 30. ad Ed.

III. Si servus pro peculiari nomine pignus acceperit, actio Pigneratitia adversus dominum debitori competit. *l.* 28. § 1. Julian. lib. 11. digest.

Et vice versa si rem pignori dederit, actio domino ejus competet.

Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur; adeo ut nec per procuratorem plerumque (5) vel tutorem acquiratur: et ideo ipsi actione Pigneratitia conveniuntur. *l.* 11. § 6. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Vice versa : Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit; ipse agere Pigneratitia poterit. Quod in procuratore ita procedit (6) si ei mandatum fuerit pignori dare. *d. l.* 11. § *fin.*

Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro Posse per liberam personam possessionem acquiri. Nam hoc eo pertinebit, ut possi-

(1) Antichresis hic appellat tropice fundum oppigneratum cum pacto *Antichreseos*; id est, ea lege ut creditor fructus haberet pro usuris.

(2) Etsi enim hoc pactum, citra pignus, proprium negotium constituat; tamen contractui pignoris adjectum, contractum pignoris in aliud negotium non transformat: est pignus sub hac lege constitutum; adeoque Pigneratitiis actionibus locus esse potest.

(3) Ratio dubitandi esse poterat, quod proprie jus pignoris in re aliena non consistat.

Verum hæc ratio non valet; quia, ut contractus pignoris intercessisse intelligatur, sufficit rem esse traditam hac mente ut esset pignori, quamvis in ea jus pignoris non constiterit.

(4) Si creditor scivisset rem non ejus qui pignori dedit; tanquam malæ fidei possessor teneretur domino rei de fructibus quos percepisset. Non posset igitur prædo ab eo consequi ut cederent in solutum ejus pecuniæ pro qua rem ei pignori dedit: nec enim valet solutio ejus quod creditori auferri potest; ut videb. infra lib. 46. Tit *de Solutionib.* Quum vero creditor fuit bonæ fidei, non tenetur domino de fructibus quos consumpsit: cum igitur eos irrevocabiliter quæsiverit, possunt cedere in solutum pecuniæ pro qua prædo rem pignori dedit. Hoc sensu accipe quod ait Ulpianus, *prodesse prædoni quod creditor bona fide fuerit*: scilicet bona fides creditoris in hoc prodest ut fructus imputentur in debitum, et debito ex his exsoluto possit prædo *Pigneratitia* agere. Cæterum de his fructibus prædo tenebitur domino: l. 62. ff. *de Rei vindicat.* quam vid. supra lib. 6. d. tit. N. 35.

(5) Videtur hæc vox *plerumque* addita a Triboniano. Vid. Not. seq.

(6) Scilicet ut rem pignori dare et obligare possit.

mus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere. Ipsam autem obligationem libera persona nobis non [semper (1)] acquiret. *l.* 11. § 6. ⁋ *sed nec mutat.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

IV. Fidejussor (2) qui pignora vel hypothecas suscepit (3), atque ita pecunias solvit, si Mandati agat vel cum eo agatur; exemplo creditoris etiam culpam æstimari oportet. Cæterum judicio quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest (4). *l.* 2. *ff. de Pignor. et hypoth.* Papin lib. 3. respons.

§ 2. *Quando hæc actio competit.*

V. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur Pigneratitia actio. *l.* 9. § 3. Ulp. lib. 28 ad Ed.

Igitur Si in sortem duntaxat, vel (5) in usuras, obstrictum est pignus; eo soluto propter quod obligatum est, locum habet Pigneratitia. Sive autem usuræ in stipulatum sint deductæ, sive non (6); si tamen pignus et in eas obligatum fuit; quandiu quid ex his debetur, Pigneratitia cessabit.

Alia causa est earum quas quis supra licitum modum promisit: nam hæ penitus illicitæ sunt. *l.* 11. § 3. Ulp. lib. 28. ad Ed.

VI. *Ex Constitutione autem Gordiani non solum pecuniam pro qua res obligata est, solutam esse oportet; sed et quidquid creditori debetur. Ita enim rescribit:* Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur quæ sine pignore debetur; eam restituere propter exceptionem Doli mali non cogeris (7). Jure enim contendis debitores eam solam pecuniam cujus nomine ea pignora obligaverunt offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. *l. un. Cod. Etiam ob chirogr.* ⁋ *at, si.*

VII. Solutam autem pecuniam accipiendum; non solum si ipsi cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus: vel ei cui heres extitit, vel procuratori ejus, vel servo pecuniis exigendis præposito. Unde si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero; Pigneratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, Solvi ei posse. Et, si partem tibi, partem ei solvero; tantumdem erit dicendum. *sup. d. l.* 11. §. 5.

VIII. *Exsolutum debitum intelligitur et quum ex pretio rei pignoratæ quam distraxit creditor, quod sibi debebat consecutus est; adeoque* Pigneratitia *competit, ut si quid ex pretio superest, reddatur.*

Et quidem hoc casu, inquit Alexander, Pactum vulgare quod proposuistis, ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, prædia pignori vel hypothecæ data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem Pigneratitiam actionem. *l.* 4. *(Alias 3.) Cod. h. t.*

Si ex pluribus rebus pignoratis, quædam duntaxat distractæ sunt ex quarum pretio creditor omne debitum consecutus sit; ad restitutionem cæterarum Pigneratitia *competet.*

Observandum tamen quod Si pignori plura mancipia data sint, et quædam certis pretiis vendiderit creditor; ut evictionem eorum præstaret, et creditum suum habeat, reliqua mancipia potest retinere: donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum. *l.* 8. § 1. Pompon. lib. 35. ad Sabin.

IX. *Ex fructibus etiam quos ex re pignorata creditor percepit, debitum exsolutum videri potest. Nam* Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum: qui, si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio et redditur pignus. Si debitum excedunt, qui supererunt reddantur; videlicet mota actione Pigneratitia. *l.* 1. *Cod. h. t. (In Edit. Gothofr.* ex Cujac.*)* Sev. et Anton.

Similiter Alexander: Creditor qui prædium pignori nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet. Et, si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine Pigneratitia actione (8) obligatur. *l.* 3. *(Alias 2.) Cod. h. t.*

Hinc Quod ex operis ancillæ vel ex pensionibus domus quam pignori detineri dicis, perceptum est; debiti quantitatem relevabit. *l.* 2. *(Alias 1.) Cod. h. t.*

X. *Non solum ex fructibus, sed ex omni lucro quod circa rem pignoratam sensit, creditori exsolutum videri potest.*

Hinc Si pignore subrepto, Furti egerit creditor; totum quidquid percepit, debito eum imputare

(1) Hoc verbum videtur additum a Triboniano; ut notat Cujacius ad h. l. Ex Constitutione quippe Justiniani [in l. 2. Cod. *Per quas person.*] in causa mutui quemadmodum singulari Jure personalis actio *Mutui* per procuratorem acquiritur; ita etiam per procuratorem jus pignoris et Hypothecaria actio quæritur.

(2) Debitoris qui rem pignori dedit.

(3) Recepit a creditore cui debitum solvit.

(4) Nam is non est cum quo pignoris contractus intercessit, seu cui res pignori data est.

(5) Legendum *non. n usuras;* at observat Cujacius.

(6) Licet, quam citra stipulationem promissæ sunt, civiliter non debeantur: nam sufficit eas natura deberi, ut pro his pignus consistat.

(7) Cujacius ad h. l. ait restringendam eam esse in suo casu, scilicet quum duæ sortes debentur; non vero porrigi ad casum quo una sors sub pignore, et ejusdem sortis usuræ sine pignore deberentur; ne alioquin obstaret lex 11. § 3. ff. h. t. modo supra relata.

Sed et pro sorte ita demum retineri posse pignus censet Pacius, si chirographum confectum sit.

(8) Vid. infra N. 19.

Papinianus confitetur: et est verum, etiamsi culpa (1) creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo quod ex Condictione (2) consecutus est.

Sed quod ipse Furti actione debitor (3) præstitit creditori vel Condictione, an debito sit imputandum videamus? Et quidem non oportere id ei restitui quod ipse ex Furti actione præstitit, peræque relatum est et traditum. Et ita Papinianus libro 9 Quæstionum ait. *l.* 22. ULP. LIB. 30. AD ED.

Idem Papinianus ait, et si metus causa servum pignoratum debitori tradiderit quem bona fide acceperat. Nam si egerit QUOD METUS CAUSA FACTUM EST, et quadruplum sit consecutus; nihil neque restituet ex eo quod consecutus est, nec debito imputabit. *d. l.* 22. § 1.

Nam Id quod pœnæ (4) nomine a debitore exactum est, lucro debet cedere creditoris. *l.* 74. *ff. de Solution.* MODESTIN. LIB. 2. REGULAR.

Hinc Regula Juris: QUOD a quoquo pœnæ nomine exactum est; id eidem restituere nemo cogitur. *l.* 46. *de Reg. Jur.* GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

XI. *Vidimus quando solutum creditori dici possit. Jam videndum quando non sit solutum.*

Et 1.° Qui reprobos nummos solvit creditori, an habeat Pigneratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur? Et constat, neque Pigneratitia eum agere, neque liberari posse; quia reproba pecunia non liberat solventem: reprobis videlicet nummis reddendis. *l.* 24. § 1. ULPIAN. LIB. 30. AD ED.

2.° *Item* Solutum non videtur, si lis (5) contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit. *l.* 11. ULP. LIB. 28. AD ED.

XII. Interdum etsi soluta sit pecunia, tamen Pigneratitia actio inhibenda est; veluti si creditor pignus suum emerit a debitore, *l.* 20. § 3. PAUL. LIB. 29. AD ED.

Consonat quod dicitur in specie sequenti. Titius quum credidisset pecuniam Sempronio, et ob eam pignus accepisset; futurumque esset ut distraheret id creditor, quia pecunia non solveretur; petiit a creditore (6), ut fundum certo pretio emptum haberet (7): et quum impetrasset, epistolam qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. Quæro an hanc venditionem debitor revocare possit, offerendo sortem et usuras quæ debentur? Marcellus respondit, Secundum ea quæ proposita essent, revocare non posse. *l.* 34. MARCELL. LIB. SING. RESPONS.

Cæterum non ex eo solo rem pigneratam debitor creditori vendidisse intelligitur, quod testamento in quo creditor eam enuntiat sibi emptam ut testis subscripserit.

V. G. Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum L. Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret. Verum ante expletum tempus creditor, quum suprema sua ordinaret, testamento cavit ut alter ex filiis suis haberet eum fundum; et addidit, QUEM DE LUCIO TITIO EMI (8), quum non emisset. Hoc testamentum inter cæteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. Quæro an ex hoc quod signavit, præjudicium aliquod sibi fecerit? cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit, Contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur. *l.* 39. MODEST. LIB. 4. RESPONS.

XIII. *Hactenus de casu quo soluta est pecunia. Sed et* Si per creditorem stetit quominus ei solvatur, recte agitur Pigneratitia. *d. l.* 20. § 2.

Item si fuerit satisfactum creditori, competit hæc actio. Satisfactum autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo vel nuda conventione; nascitur Pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum; si, ut ipse voluit, sibi cavit: licet in hoc deceptus sit. *l.* 9. § 3. ¶ *satisfactum.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Enimvero, quum pecunia soluta est aut creditori satisfactum, locus est novissimæ huic Juris Regulæ: RES *apud aliquem remanere non debet, cessante causa propter quam ei tradita est. Hinc Africanus hanc regulam exponens, ait:* Et hoc evidentius circa actionem Pigneratitiam apparebit. Etenim si quum fundum Cornelianum pignoris causa tibi tradidissem, postea ex conventione fundum Titianum in hoc tibi tradiderim ut Cornelianum mihi restitueres; minime (puto) dubitandum erit quin

(1) Quum culpa creditoris furtum factum est; maxime ejus interest furtum non esse factum, cum eo nomine *Pigneratitia* teneatur. Igitur maxime hoc casu ipsi competit actio *Furti*: ea enim ei omni cujus interest competit; ut videb. infra lib. 47. Tit. *de Furtis.* Tamen quamvis ei actio *Furti* competat; quod ex ea causa consecutus erit, debet debito imputare.

(2) Condictione *Incerti* quæ huic datur; ut vid. supra Tit. *de Condict. furt.* N. 5.

(3) Quum debitor ipse rem creditori surripuit. Nam cum possessionem rei sit creditoris, hujus possessionis furtum facere creditori intelligitur, et eo nomine *Furti* ei tenetur.

(4) Aliud ergo statuendum est circa id quod *Condictione furtiva Incerti* creditor a debitore esset consecutus; cum in hac non versetur pœna.

(5) Id est, *Ex eo solo quo lis, etc.* Litis enim contestatio magis accedit veteri obligationi quam eam tollit; ut videb. infra lib. 46. Tit. *de Novation.*

(6) Sempronius debitor.

(7) Creditor Titius.

(8) Legendum GAIO SEIO, ut recte monet Hotomannus, et ipsa ratio contextus expostulat.

statim recte Pigneratitia ad recipiendum Cornelianum agere possim. *l.* 5o. § 1. *ff. de Jure dot.* AFRIC. LIB. 8. QUÆST.

XIV. *Interdum nulla solutione aut satisfactione facta*, Pigneratitia *agi potest.*

Nam Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero, nec dedero; Pigneratitia actione tenebor, et nuda solutione facta. Idemque et si acceptolata sit pecunia, vel conditio defecerit ob quam pignus contractum est; vel si pactum cui standum est, de pecunia non petenda factum est. *l.* 11. § 2. ULP. LIB. 28. AD ED.

Item quum ancilla pignorata est creditori; Si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit, illico pignus ancillæ solvitur. *l.* 24. § 3. ¶ *quare.* ULPIAN. LIB. 3o. AD ED.

Aliam refert speciem Scævola in qua ob dolum creditoris hac actione ante solutam pecuniam agitur. *Debitor* Locum purum (1) pignori creditori obligavit, eique instrumentum emptionis tradidit: et quum eum locum inædificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine (quod alias probare non poterat) petiit a creditore ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet. Quod non exhibente, minorem locum ædificavit; atque ita damnum passus est. Quæsitum est, An, si creditor pecuniam petat vel pignus vindicet, Doli exceptione posita, judex hujus damni rationem habere debeat? Respondit, Si operam non dedisset ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, posse debitorem, pecunia soluta, Pigneratitia agere: opera autem in eo data, tunc et ante pecuniam solutam in id quod interest cum creditore agi (2). *l.* 43. SCÆV. LIB. 5. DIGEST.

XV. *Illud superest observandum; quod regulariter* Qui ante solutionem egit Pigneratitia, licet non recte egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratam, et quod sua interest, consequi. *l.* 9. § *fin.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est; forte si expromissorem dare vult; nihil ei prodest. *l.* 10. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROV.

§ 3. *Quid veniat in hac actione præstandum.*

Quando actio Pigneratitia *exercetur, vel res jure pignoris jam distracta est, vel non.*

Primus casus:

Quid quum res nondum distracta est?

XVI. *Si quidem res distracta non est; hoc casu* Soluta pecunia creditor possessionem pignoris quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quidquam amplius præstare cogitur. *l.* 4o. § 2. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Nec solum quum creditor rem penes se habet, ad hujus restitutionem tenetur; sed et cum dolo suo aut culpa eam habere desiit.

Enimvero Venit in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato (3); venit et custodia; vis major non venit. *l.* 13. § 1. ULP. LIB. 38. AD ED.

XVII. *Igitur* Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse; ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur. *l.* 19. *Cod. de Pign. et hypoth.* DIOCL. ET MAXIM.

Hinc Paulus: Qui ratiario (4) crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. Si invito ratiario retinuisset, ejus periculo (5) ratem fuisse, respondit: Sed si debitor sua voluntate concessisset ut retineret (6); culpam duntaxat ei præstandam, non vim majorem. *l.* 3o. LIB. 5. ALFENI-VARI DIGEST.

Ea igitur quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur. *l.* 14. PAUL. LIB. 29. AD ED.

Consonat quod rescribit Alexander: Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur. Sed si culpæ reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse; quanti debitoris interest, condemnari debet. *l.* 5. *(Alias* 4.*) Cod. h. t.*

Idem adhuc rescribit: Quæ fortuitis casibus accidunt cum provideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonæ fidei judicio præstantur. Et ideo creditor pignora quæ hujusmodi casu interierint, præstare non compellitur, nec a petitione debiti summovetur, nisi inter contrahentes placuerit ut amissio pignorum liberet debitorem. *l.* 6. *(Alias* 5.*) Cod. h. t.*

Similiter Philippi rescribunt: Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet.

Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora (ut asseveras) a parte diversa possidentur; adversus eum experiri potes. *l.* 8. *(Alias* 7.*) Cod. h. t.*

Similiter Diocletianus et Maximianus: Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Cum igitur asseveras in horreis

(1) Id est, ædificio vacuum.

(2) *Pigneratitia* actione scilicet; in qua, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, dolus præstatur.

(3) In hoc quidem pignus convenit cum commodato: quod creditor atque commodatarius non tantum dolum præstat, sed etiam culpam; et quod æque ac commodatarius rei custodiendæ invigilare tenetur. Cæterum in hoc differunt quod culpa aliter æstimatur in commodato, aliter in pignore. Vel levissima enim negligentia culpæ imputatur in commodato; secus in pignore. Unde etiam, quamvis in utroque contractu custodia præstanda sit, tamen magis exacta in commodato quam in pignore requiritur. Ita hæc lex conciliatur cum l. 5. § 2. ff. *Commodati.* Non igitur videtur necessaria emendatio D. Noodt qui ita legit: *Venit in hac actione et dolus et culpa; ut in commodato venit et custodia, vis major non venit.*

(4) Id est, exercitori navis.

(5) Hoc enim casu, qui ratem retinuisset, non esset creditor pigneratitius, sed fur cujus periculo est res furtiva.

(6) Quo casu pignus constitutum intelligitur.

pignora deposita; consequens est, secundum Jus perpetuum, pignoribus debitori pereuntibus (si tamen in horreis quibus et alii solebant publice uti, res depositæ sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. *l.* 9. *(Alias 8.) Cod. h. t.*

Iidem alibi rescribunt : Servo qui fuerat pignori obligatus, defuncto; debiti permanet petitio integra. *l.* 25. *Cod. de Pign. et hypoth.*

XVIII. *Vidimus hac actione rem pignoratam reddendam esse, nisi citra culpam creditoris penes ipsum esse desierit.*

Præterea Creditor quum pignus reddit, De dolo debet debitori repromittere. Et, si prædium fuerit pignoratum, et de jure ejus repromittendum est; ne forte servitutes cessante uti creditore amissæ sint. *l.* 15. ULP. LIB. 28. AD ED.

Venit etiam in hac actione id quanti interest debitoris, rem pignoratam culpa creditoris deteriorem esse factam.

Hinc Ulpianus : In Pigneratitio judicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor, vel servos debilitavit.

Plane si pro maleficiis suis coercuit, vel vinxit, vel obtulit Præfecturæ vel Præsidi; dicendum est Pigneratitia creditorem non teneri. *l.* 24. § 3. ULP. LIB. 30. AD ED.

Aliam speciem refert Scævola in qua damnum rei pignoratæ videtur citra culpam creditoris datum; adeoque ad eum non pertinet. Ita ille :

Titius [cum] pecuniam mutuam accepit a Gaio Seio sub pignore culleorum (1). Istos culleos quum Seius in horreo haberet, missus ex officio annonæ Centurio culleos ad annonam sustulit : ac postea instantia Gaii Seii creditoris recuperati sunt. Quæro, intertritoram quæ ex operis facta est, utrum Titius debitor, an Seius creditor agnoscere debeat? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, ob id quod eo nomine intertrimenti accidisset, non teneri. *l.* 43. § 1. SCÆV. LIB. 5. DIGEST.

XIX. *Venit etiam in hac actione ut creditor, si ultra quod sibi debetur ex fructibus aut etiam ex quovis lucro circa rem pignoratam percepit, superfluum reddat.*

V. G. Finge eum, cum res ipsi subrepta fuisset, Furti egisse : Sed et Pigneratitia actione id quod debitum excedit, debitori præstabit. *l.* 16. § *fin. ff. de Furt.* PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Scilicet si extraneus surripuerat. Quod Si debitor pignus subripuit; quod actione Furti solvit, nullo modo recipit (2). *l.* 79. [*Alias* 81.] *d. tit.* PAPIN. LIB. 9. QUÆST.

Secundus casus;

Quid quum res jure pignoris distracta est?

XX. *Eo casu quo creditor rem jure pignoris distraxit, illud in hac actione venit : nimirum* Creditor judicio quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, Jure cogitur. Nec audiendus erit si velit emptorem delegare; cum in venditione quæ fit ex (3) facto, suum creditor negotium gerat (4). *l.* 42. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Hoc obtinet et quum fiscus distraxit. Nam Si plus servatum est ex bonis debitoris a fisco distractis, jure ac merito restitui postulatur. *l.* 45. § 12. *ff. de Jure fisci.* PAUL. LIB. 5. SENTENT.

Quamvis autem debitor possit cogere creditorem ut ipsi superfluum pretii restituat; non tamen ad hanc solutionem confestim eum urgere debet : sed tenetur expectare donec creditor illud exegerit ab emptore; nisi malit debitor sibi delegari actiones.

Hinc Ulpianus : Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit; an Pigneratitio judicio conveniri possit ad superfluum reddendum; an vero vel expectare debeat quoad emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem? Et arbitror non esse urgendum ad solutionem creditorem : sed aut expectare debere debitorem; aut, si non expectat, mandandas ei (5) actiones adversus emptorem periculo tamen venditoris (6). Quod si accepit jam pecuniam, superfluum reddit. *l.* 24. § 2. ULP. LIB. 30. AD ED.

XXI. *Non etiam indistincte accipiendum est quod diximus, usuras superflui creditorem debere : certis enim duntaxat casibus eas debet. Nimirum* Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit; si id teneret, usuram ejus pecuniæ præstare debet ei qui dederit pignus. Sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram præstari oportet. Quo si eam depositam habuerit, usuras non debet. *l.* 6. § *fin.* POMPON. LIB. 35. AD SABIN.

(1) *Culleus* est uter ex corio factus. Alii erant frumentarii, et de his hæc lex agit; alii vinarii; alii ad alias merces parati.

(2) Vid. supra N. 11.

(3) Cujacius legendum censet *ex pacto*, id est, jure conventionis : quod probat D. Noodt, qui duo alia exempla refert in quibus verba *ex facto* irrepserunt pro *ex pacto*; scilicet in *l.* 6. *Cod. de Solut.* et in *l.* 22. Cod. *de Negot. gest.*

(4) Ratio allata talis est. Objici posset, eum qui alterius mandato rem distrahit, non ad aliud teneri domino quam ut ei deleget emptorem. Respondet, creditorem qui jure pignoris rem vendit, non bene comparari procuratori : neque enim ut procurator debitoris, sed suum *negotium gerens*, pignus vendit.

(5) Atqui supra dictum est [l. 42.] *non audiri creditorem si velit delegare, emptorem?* Ita quidem; quia, qui delegat, liberatur : hic autem, cum suo periculo mandet actiones, non liberatur. Præterea non dicitur simpliciter, creditorem posse debitori delegare suas actiones adversus emptorem; sed hoc ita posse, *si debitor nolit expectare* donec creditor ab emptore exegerit.

(6) Scilicet si culpa sua creditor cessavit exigere : alias periculum spectat debitorem; infra lib. 20. Tit. *de Distract. pignor.* Sect. 2. § 3.

Nota tamen et in hoc ultimo casu : Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est; ex mora (1) etiam usuras debitori hoc nomine præstare cogendus est. *l.* 7. PAUL. LIB. 2. SENT.

XXII. *Illud denique hac actione peti potest ut, si quam ex pactis in distractione pignoris appositis creditor actionem habeat, eam mandare debitori teneatur.*

Hinc Si quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam : scripsit Julianus (et est rescriptum), Ob hanc conventionem Pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet Ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare (2) rem poterit, aut In factum actione (3) adversus emptorem agere. *l.* 13. ULP. LIB. 38. AD ED.

Consonat quod scribit Marcianus : Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit, hoc pacto ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recuperare : an, si paratus sit debitor reddere pecuniam; consequi id possit? Et Julianus libro 11 Digestorum scribit, Recte quidem distractum esse pignus: cæterum agi posse cum creditore ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. Sed quod Julianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est. *l.* 7. *ff. de Distract. pign.* LIB. SING. AD FORMULAM HYPOTHECARIAM.

§ 4. *An hæc actio aliqua temporis præscriptione possit excludi.*

XXIII. Nec creditores nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel his non accipientibus oblata et consignata et deposita, longi temporis præscriptione muniri possunt. Unde intelligis quod, si origioem rei probare potes, adversario tenente vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti : vel si tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur; et tibi non erit difficilis, vel solutione vel oblatione atque solemni depositione, pignoris liberatio. *l.* 10. *(Alias 9.) Cod. h. t.* DIOCL. ET MAXIM.

Iidem rescribunt : Quominus fructuum quos creditor ex rebus obligatis accepit habita ratione, ac residuo debito soluto, vel (si per creditorem factum fuerit quominus solveretur) oblato et consignato et deposito, pignora quæ in eadem causa durant, restituat debitori; nullo spatio longi temporis defenditur. *l.* 12. *(Alias* 11.*) Cod. h. t.*

ARTICULUS II.

De Pigneratitia *actione Contraria, et ex quibus causis competat.*

Hæc actio creditori adversus eum qui pignus constituit, competit; ut ipsi præstetur quidquid ipsi præstari æquum est.

Hinc ex pluribus causis competit; inter quas hæc prima est, et quidem frequentissima.

Prima causa.

XXIV. Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum quem pignoris causa acceperim; non tantum retentionem sed etiam Contrariam Pigneratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam; et eum decessisse : item insulam fulsisse vel refecisse, et postea deustam esse; nec habere quod possim retinere. *l.* 8. PAPIN. LIB. 35. AD SABIN.

An autem impensæ utiles quidem, sed non necessariæ, hac actione repetentur?

Ea de re ita Ulpianus : Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor : si quidem jam imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio Contraria. Si vero nihil horum intercesserit; si quidem artificiis necessariis, erit actio Contraria : non tamen, sic ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa quam præstat, non patitur; ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum. Puta saltum grandem pignori datum ab homine qui vix luere potest, nedum excolere : tu acceptum pignori excoluisti, sic ut magni pretii faceres. Alioquin non est æquum aut quærere me alios creditores, aut cogi distrahere quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie igitur hæc a judice erunt dispicienda : ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. *l.* 25. ULP. LIB. 31. AD ED.

Secunda causa.

XXV. *Aliam causam ex qua hæc actio datur, refert Ulpianus :* Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat; Contrario judicio tenetur. *l.* 22. § 3. ULP. LIB. 30. AD ED.

Idem est et si debitor illud surripuerit. Hinc Si quasi recepturus a debitore tuo quominus pecuniam, reddidisti ei pignus, isque per fenestram id misit (4) excepturo eo quem de industria ad id posuerat; Labeo ait, Te Furti (5) agere cum debitore ...

(1) Et hoc commune omnibus bonæ fidei judiciis; at videb. Tit. *de Usur.* infra l. 22.

(2) Puto hic esse vestigium juris veteris, quo dominium nonnisi Civilibus modis transire poterat. Igitur licet res lege pignoris vendita et tradita fuisset; debitor manebat ex Jure Quiritium dominus, et ei Vindicatio competebat. Poterat quidem regulariter si opponi exceptio *Rei venditæ et traditæ :* verum in hac specie poterat pecuniam offerens hanc exceptionem excludere per replicationem *Pacti* in venditione appositi.

(3) Quæ loco *Directæ* ipsi a creditore mandandæ dabitur, celeritate conjungendarum actionum.

(4) Id est, demisit pecuniam.

(5) Tibi enim invito possessionem pignoris abstulit, quod non aliter volebas ei reddere quam si tibi solveret.

tore posse, et Ad exhibendum. Et si agente te Contraria Pigueratitia, excipiat debitor De pignore sibi reddito; replicabitur De dolo et fraude per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intelligitur. *l.* 3. Pompon. lib. 18. ad Sabin.

Tertia causa.

XXVI. *III.am Causam refert idem Ulpianus ex qua hæc actio datur.* Si creditor quum venderet pignus, duplam promisit (nam usu (1) hoc evenerat); et conventus ob evictionem erat et condemnatus: an haberet regressum Pigneratitiæ Contrariæ actionis? Et potest dici, esse regressum; si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit. Si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet quanto vendere potuit etiamsi hæc non promisit; regressum non habere (*l.* 22. § *fin.* Ulp. lib. 30. ad Ed.): Nec enim amplius a debitore quam debiti summa est, consequi poterit. *l.* 23. Tryphon. lib. 8. disput.

Saltem autem hoc casu quo creditor duplam promisit, tenendum est quod statim subjicitur: Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquennium forte quam pretium ex re obligata consecutus est, victus eam (2) emptori restituit; etiam medii temporis usuras a debitore petere potest: quia nihil ei solutum esse ut auferri non possit, palam factum est (3). Sed si simplum (4) præstitit; Doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniæ pretii quod ab emptore acceperat. *d. l.* 23.

Quarta causa.

XXVII. *IV.am Causam ex qua actio datur, refert adhuc Ulpianus.* Si quis in pignore pro auro æs subjecisset creditori, qualiter teneatur quæsitum est? In qua specie rectissime Sabinus scribit: Si quidem dato (5) auro æs subjecisset, Furti teneri (6). Quod si in dando (7) æs subjecisset, turpiter fecisse, non furem esse. Sed hic puto Pigneratitium judicium locum habere. Et ita Pomponius scribit. Sed extra ordinem, Stellionatus nomine plectetur; ut est sæpissime rescriptum. *l.* 36. Ulp. lib. 11. ad Ed.

Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit, sciens prudensque; vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit; eodem crimine plectetur. *d. l.* 36. § 1.

Et similiter Contrariæ actioni Pigneratitiæ locus erit. Ita enim Ulpianus: Si rem alienam mihi debitor pignori dedit, aut malitiose in pignore versatus sit; dicendum est, locum habere Contrarium judicium. *l.* 9. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Sed si ignorans fuerit; hac actione tenebitur; at non tenebitur crimine Stellionatus.

Ita enim Paulus: Contrariam Pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur quamvis et Stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad Contrarium judicium, ignorantia eum non excusat: ut Marcellus libro 6 Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum; Contrarium ei non competit (8). *l.* 16. § 1. Paul. lib. 29. ad Edict.

Suffragatur Marcianus: Cum debitore qui alienam rem pignori dedit, potest creditor Contraria Pigneratitia agere; etsi solvendo debitor sit. *l.* 32. lib. 4. regul.

XXVIII. *Eo tamen casu quo pignori datur res jam alteri obligata, cessat contraria* Pigneratitia *actio, si res utrique creditori sufficiat.*

Hoc est quod addit Ulpianus: Plane si ea res ampla est, et ad modicum æris fuerit pignorata; dici debebit cessare non solum Stellionatus crimen, sed etiam Pigneratitiam et De dolo actionem: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit. *sup. d. l.* 36. § 1. ¶ *fin.*

Quinta causa.

XXIX. *V.a Causa ex qua Contraria* Pigneratitia *datur, est quum debitor rem vitiosam pignori dederit; ex qua creditor damnum senserit.*

Distinguendum autem, an debitor vitium ignoraverit necne.

Hoc docet Africanus. Ita ille: Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxæ deditione relinquere. Quod si sciens furem mihi pignori dederit; etsi paratus fuerit pro noxæ dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneratitiam actionem ut indemnem me præstet. Eadem servanda esse Julianus ait, etiam quum depositus vel commodatus servus furtum facit. *l.* 31. Afric. lib. 8. quæst.

Et alibi idem Africanus, His etiam illud consequens esse ait; ut, et si is servus quem mihi pignori dederis furtum mihi fecerit, agendo Contraria Pigneratitia consequar uti similiter aut damnum decidas, aut pro noxæ deditione hominem relinquas. *l.* 61. (*Alias* 63.) § 1. *de Furtis* ibid.

(1) Creditor qui vendit pignus, regulariter non repromittit nec tenetur de Evictione, nisi hoc convenerit: ut videb. infra l. 20. Tit. *de Distract. pignor.*

(2) Duplam.

(3) Ea demum solutio liberationem parit, quæ pecuniam solutam sic facit accipientis ut eam nunquam reddere teneatur: ut videb. infra lib. 46. Tit. *de Solut.*

(4) Duntaxat.

(5) Postquam aurum tradidisset, et jam in auro constitisset pignus.

(6) Furtum enim possessionis committit debitor, qui rem pignori datam surripit.

(7) Id est, *quod si*, quum nihil adhuc traditum esset, sed quum de auro dando convenisset, *æs erranti creditori pro auro tradidisset.*

(8) Quia deceptus non est, qui sciebat.

Idem dicendum de eo quem convanisset in causa redhibitionis esse (1); uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque decidere, vel pro noxæ deditione hominem relinquere (2) cogatur, nisi quod in his amplius sit (3). *d. l.* 61. § 2.

Quod si sciens quis ignoranti furem pignori dederit omnimodo (4) damnum præstare cogendus est; id enim bonæ fidei convenire. *d. l.* 6. § 3.

Sed in actione Empti præcipue spectandum esse qualem servum venditor repromiserit. *d. l.* 61. § 4.

(1) Et emptori damnum dedit.

(2) Emptori.

(3) Id est, ut recte interpretatur Cujacius; *nisi quid in his speciebus amplius* sit quod efficiat ut debitor venditorve, omnimodo et sine facultate noxæ deditionis damnum decidere teneantur: puta si, ut subjicit, dolus intervenerit debitoris qui *sciens ignoranti furem pignori dederit*.

(4) Id est, sine facultate noxæ dedendi.

APPENDIX.

De Contractu Fiduciæ.

I. *Contractui Pignoris finitimus erat contractus* Fiduciæ. *Est autem* Fiducia *quum res creditori mancipatur aut in Jure ceditur, ea lege ut soluta pecunia remancipetur.*

Magna hujus contractus erat utilitas ante inventas actiones Servianam et quasi Servianam; cum creditor cui non contracta hac Fiducia pignus traditum esset, si res penes ipsum non esset, nullam actionem ad eam persequendam haberet.

Differt Fiducia *a pignore in eo quod pignus nuda Juris Gentium traditione, Fiducia per mancipationem aut in Jure cessionem contrahatur: item in Pignore dominium Pignoris non transferatur in creditorem, sed sola possessio et jus illud distrahendi; contra Fiduciæ dominium in creditorem transferatur.*

II. *I.um Corollarium. Hinc servus Fiduciarius quidquid acquirit, creditori cui mancipatus est acquirit.*

Verum Quidquid creditor per Fiduciarium servum quæsivit, sortem debiti minuit. Paul. sent. *lib.* 2. *tit.* 13. § 2.

II.um Corollarium. Hinc etiam Debitor creditori Fiduciam vendere non potest (1).

Sed aliis, si velit, vendere potest (2); ita ut ex pretio ejusdem, pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emptori præstet. *d. tit.* § 3.

III. *In hoc contractu non secus ac in contractu pignoris:* Si inter creditorem et debitorem convenerit ut Fiduciam sibi vendere non liceat; non solvente debitore creditor denuntiare ei solemniter ter potest, et distrahere; nec enim ex tali conventione, Fiduciæ actio nasci potest. *d. tit.* § 5.

IV. *Ex contractu Fiduciæ non secus atque ex pignoris contractu duæ actiones nascuntur, directa ac contraria.*

Directa Fiduciæ *actio in id competit ut soluta pecunia res remancipetur; aut si a creditore jam distracta fuisset, si quid ex pretio superest, reddatur.*

Hinc Paulus: Debitor distractis Fiduciis a creditore, de superfluo adversus eum habet actionem. *d. tit.* § 1.

Hæc actio adversus heredes creditoris competit. Imo et Si creditor rem Fiduciæ datam, uni ex heredibus vel extraneo legaverit; adversus omnes heredes actio Fiduciæ competit. *d. tit.* § 6.

Actio Fiduciaria *Contraria ex iisdem causis competit ac Pigneratitia Contraria. Puta,* Si creditor rem Fiduciariam meliorem fecerit; ob ea recuperanda quæ impendit, judicio Fiduciæ debitorem habebit obnoxium. *d. tit.* § 7.

V. *In Fiduciis ea lex sæpe dicebatur ut non soluta intra certum diem pecunia, res pleno et irrevocabili jure creditori committeretur: quæ* Lex commissoria *dicitur.*

Hanc pignorum commissoriam legem inhibuit Constantinus (3): Quoniam, *inquit*, inter alias captiones; præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem (4) ejus memoriam aboleri. *l. fin. Cod. de Pactis pignor.*

(1) Cum enim res facta sit creditoris per contractam Fiduciam, non potest creditor emere rem quæ jam sua est.

(2) Nam aliena res vendi potest.

(3) Sunt qui existimant hanc *Commissoriam legem* fuisse etiam vetitam Jure Pandectarum; et postea cum invaluisset rursus, hic a Constantino prohiberi. Quæ sententia merito displicet Jac. Gothofredo, utpote nullo certo fundamento nixa.

(4) Hinc liquet nullo casu hoc pactum admitti, et perperam a Doctoribus exceptiones huic legi excogitatas.

LIBER DECIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

DE EXERCITORIA ACTIONE.

Superiore *Titulo actum est de contractu Pignoris. Cum autem natura pignoris sit ut alicui obligationi accedat, hinc ansam arripuerunt Pandectarum ordinatores tractationi de Pignoris contractu subjicere tractationem de quibusdam obligationum formis quæ alteri principali obligationi accedunt.*

I. *Talis est obligatio Exercitoris navis; quæ obligationi magistri ab ipso præpositi accedit, et quidem ex illa nascitur. Enimvero quamvis regulariter nemo ex alieno contractu obligetur; tamen Jure singulari Prætor constituit, ut ex contractu magistri navis eadem obligatio, qua magister navis teneretur, etiam Exercitorem teneret; data in hunc Exercitorem actione quæ* Exercitoria *vocatur.*

Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt: sive is dominus navis sit; sive a domino navem per aversionem (1) conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum. *l.* 1. § 15. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Magistrum *vero* navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est. *d. l.* 1. § 1.

Navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem; sive in aliquo stagno navigel, sive schedia (2) sit. *d. l.* 1. § 5.

II. Utilitatem hujus Edicti patere, nemo est qui ignoret. Nam cum interdum ignari cujus sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus; æquum fuit, eum qui magistrum navi imposuit, teneri: ut tenetur qui institorem tabernæ, vel negotio præposuit: cum sit major necessitas contrahendi cum magistro quam institore. Quippe res patitur ut de conditione quis institoris dispiciat, et sic contrahat: in navis magistro non ita; nam interdum locus, tempus, non patitur plenum deliberandi consilium. *d. l.* 1.

De actione quæ adversus Institorem datur, infra Tit. 3. *hic de* Exercitoria.

Circa actionem Exercitoriam *videbimus* 1.° *Ex cujus personæ contractu detur;* 2.° *Ex qua causa;* 3.° *Cui et adversus quem, et quandiu detur.*

Agemus 4.° *De electione quam habent qui cum magistro contraxerunt, Exercitorem an magistrum convenire;* 5.° *Denique quærenus an Exercitor, quemadmodum ex contractu magistri convenire, ita etiam agere possit.*

ARTICULUS I.

Ex cujus personæ contractu detur actio Exercitoria.

III. *Hæc actio datur ex contractu magistri navis.*

Magistrum autem accipimus non solum quem Exercitor præposuit, sed et eum quem magister: et hoc consultus Julianus in ignorante Exercitore respondit. Cæterum si scit, et passus est eum in nave magisterio fungi; ipse eam imposuisse videtur: quæ sententia mihi videtur probabilis. Omnia enim facta magistri debet præstare, qui eum præposuit: alioquin contrahentes decipientur. Et facilius hoc in magistro quam institore admittendum, propter utilitatem.

Quid tamen si sic magistrum præposuit, ne alium ei liceret præponere? An adhuc Juliani sententiam admittamus, videndum est? Finge enim et nominatim eum prohibuisse ne Titio magistro utaris. Dicendum tamen erit, eo usque producendam utilitatem navigantium. *d. l.* 1. § 5.

IV. Si plures sint magistri, non divisis officiis; quodcumque cum uno gestum erit, obligabit Exercitorem: si divisis; ut alter locando, alter exigendo; pro cujusque officio obligabitur Exercitor. *d. l.* 1. § 13.

Sed et si sic præposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat; qui contraxit cum uno, sibi imputabit. *l.* 1. § 14. Ulp. lib. 28. ad Ed.

V. Cujus autem conditionis sit magister iste, nihil interest; utrum liber, an servus; et utrum Exercitoris an alienus. Sed nec cujus ætatis sit, intererit; sibi imputaturo, qui præposuit. *d. l.* 1. § 4.

Sed et Si eum qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas: mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero. Idem est, si

(1) *Aversione* navis conducta videtur esse, quæ simpliciter tota universæ conducta est, non ad certum onerum numerum. Wissenbach. hic.

(2) Schedia *genus navigii inconditum, trabibus inter se tantum nexis factum.* Festus in verbo *SCHEDIA.*

communis servus nobis erit. *l.* 5. PAUL. LIB. 28. AD EDICT.

Obiter nota : Ex locato tamen mecum ages (1), quod operas servi mei conduxeris; quia, etsi cum alio contraxisset, ageres mecum ut actiones quas eo nomine haberi tibi præstarem; quemadmodum cum libero, si quidem conduxisses, experireris (2); quod si gratuitæ operæ fuerint, Mandati ages. *d. l.* 5.

VI. *Vidimus ex contractu magistri navis cujuscumque conditionis fuerit, hanc actionem in Exercitorem dari.*

Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in Exercitorem : quanquam ex delicto cujusvis eorum qui navis navigandæ causa in nave sint, detur actio (3) in Exercitorem. Alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi. Si quidem qui magistrum præponit, contrahi cum eo permittit : qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit; sed culpa et dolo carere eos curare debet. *d. l.* 1. § 2.

ARTICULUS II.

Ex qua causa hæc actio ex contractu magistri in Exercitorem detur.

VII. Non autem ex omni causa Prætor dat in Exercitorem actionem, sed ejus rei nomine cujus ibi præpositus fuerit; id est, in eam rem præpositus sit : ut puta, si ad onus vehendum locatum sit; aut aliquas res emerit utiles naviganti; vel si quid reficiendæ navis causa contractum, vel impensum est; vel si quid nautæ, operarum nomine, petent. *l.* 1. § 7. ULP. LIB. 28. AD EDICT.

Enimvero Magistri imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisve emendis. Sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit præpositus; etiam hoc nomine obligat Exercitorem. *d. l.* 1. § 3.

Igitur præpositio certam legem dat contrahentibus. Quare si eum præposuit navi ad hoc solum ut vectoras exigat, non ut locet (quod forte ipse locaverat); non tenebitur Exercitor, si magister locaverit : vel si ad locandum tantum, non ad exigendum; idem erit dicendum : aut si ad hoc ut vectoribus locet, non ut mercibus navem præstet; vel contra; modum egressus non obligabit Exercitorem. Sed et si ut certis mercibus eam locet præpositus est, puta legumini, cannabæ; ille marmoribus, vel alii materiæ locavit : dicendum erit non teneri. Quædam enim naves onerariæ, quædam (ut ipsi dicunt) ΕΠΙΒΑΤΗΓΟΙ (id est, *vectorum conductrices*) sunt. Et plerosque mandare scio, ne vectores recipiant; et sic, ut certa regione et certo mari negotientur : ut ecce, sunt naves quæ Brundusium a Cassiopa vel a Dyrrachio vectores trajiciunt, ad onera inhabiles. Item quædam fluvii capaces, ad mare non sufficientes. *d. l.* 1. § 12.

VIII. Quid si mutuam pecuniam sumpserit? An ejus rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum ejus rei in quam præpositus est, fuerit mutuatus; dandam actionem : quam sententiam puto veram. Quid enim si ad armandam instruendamve navem, vel nautas exhibendos mutuatus est. *d. l.* 1. § 8. ULP. LIB. 28. AD ED.

Sed et si ab alio mutuatos liberavit eum qui in navis refectionem crediderat; puto etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit. *d. l.* 1. § 11.

Unde quærit Ofilius : Si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit; an in Exercitorem detur actio? Et ait, Si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem; teneri Exercitorem imputaturum sibi cur talem præposuerit. Quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit quod ad navis causam accipit; contra esse. Quam distinctionem probat Pedius. *d. l.* 1. § 9.

Sed etsi specialiter caverit se ad navis causam mutuari, puta, ad hujus refectionem; ita demum Exercitoria dabitur, si probabile videri potuit quod ad hanc causam mutuaretur : ut fuse docet Africanus. Ita ille :

Lucius Titius Stichum magistrum navi præposuit. Is pecuniam mutuatus, cavit se in refectionem navis eam accepisse. Quæsitum est an non aliter Titius Exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam? Respondit, Creditorem utiliter acturum, si, quum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset ut refici deberet : etenim, ut non oportet creditorem ad hoc astringi ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat, et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse) ita illud exigendum ut sciat in hoc se credere cui rei magister quis sit præpositus. Quod certo aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse. Quare etsi in ea causa fuerit navis ut refici deberet, multo tamen major pecunia credita fuerit quam ad eam rem esset necessaria; non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari. *l.* 7. LIB. 8. QUÆST.

(1) Finge me servo meo cujus operas tibi locavi ut magister tuæ navis esset, vendidisse res navi tuæ utiles. Habebo adversus te actionem *Venditi* Exercitoriam : tu vero vicissim ages adversus me actione *Ex locato conducto*, ut præstem quæ ex hoc emptionis venditionis contractu præstare debeo. Nam si non a me, sed ab extraneo, servus meus hæc emisset; mihi quidem jure dominicæ potestatis actionem quæsivisset : sed hanc actionem ego tibi actione *Ex locato conducto* tenerer cedere. Cum vero mecum contraxerit, nulla potuit actio et adversus me nasci : verum *Ex locato conducto* tibi teneor; ut eadem tibi præstem quæ præstare teneretur extraneus qui cum hoc servo contraxisset.

(2) Ut actiones quas ex suo contractu adversus vectores et mercatores sibi quæsivisset, tibi cederet.

(3) De qua vid. Tit. *Furti advers. naut.* infra lib. 47.

Non tamen concludendum est in hanc demum summam actionem dari, quæ necessaria fuit ad reficiendam navem aut merces emendas. Enimvero Sed et si in pretiis rerum emptarum fefellit magister (1); Exercitoris erit damnum, non creditoris. *sup. d. l.* 1. § 10.

Interdum etiam illud æstimandum, an in eo loco pecunia credita sit in quo id propter quod credebatur comparari potuerit. Quid enim, inquit, si ad velum emendum in ejusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? Et in summa aliquam diligentiam in ea re creditorem debere præstare. *sup. d. l.* 7. § 1.

ARTICULUS III.

Cui et adversus quem hæc actio detur, et quandiu durot.

IX. *Hæc actio datur ei qui cum magistro navis contraxit. Non solum autem si quilibet extraneus; sed et* Si unus ex his Exercitoribus cum magistro navis contraxerit, agere cum aliis Exercitoribus poterit. *l.* 5. § 2. PAUL. LIB. 28. AD ED.

X. *Adversus Exercitorem hæc actio datur.*

Et quidem Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum (2) agi potest. *l.* 1. § *fin.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit. *l.* 2. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Nec quidquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat: eumque qui præstiterit, Societatis judicio a cæteris consecuturum. *l.* 3. PAUL. LIB. 29. AD EDICT.

Nota: Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur; neque enim invicem sui magistri videntur. *l.* 4. ULP. LIB. 29. AD ED.

Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint: hujus nomine in solidum poterunt conveniri. *d. l.* 4. § 1.

XI. *Ut autem ex contractu magistri adversus Exercitorem hæc actio detur;* Parvi refert, qui exercet, masculus sit an mulier (3); paterfamilias, an filiusfamilias vel servus. Pupillus autem si navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem (4). *l.* 1. § 16. ULP. LIB. 28. AD ED.

Similiter Diocletianus et Maximianus: Etsi a muliere magister navi præpositus fuerit, et contractibus ejus ea Exercitoria actione ad similitudinem Institoriæ tenetur. *l.* 4. *Cod. de Instit. et Exercit. act.*

XII. Si is qui navem exercuerit in aliena potestate erit, ejusque voluntate navem exercuerit: quod cum magistro ejus gestum erit, in eum in cujus potestate is erit qui navem exercuerit, judicium datur. *l.* 1. § 19. ULP. LIB. 28. AD ED.

Et quidem in solidum. Ita enim Paulus:

Filiusfamilias si voluntate patris navem exerceat; patrem in solidum ob ea quæ salva receperit, obligat. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 6. § 1.

Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur, qui habent in potestate Exercitorem; quia ad summam Reipublicæ navium exercitio pertinet. At institorum non idem usus est: eapropter in tributum (5) duntaxat vocantur qui contraxerunt cum eo qui in merce peculiari, sciente domino, negotiatur. *d. l.* 1. § 20. ¶ *ideo autem.*

In potestate autem accipiemus, utriusque sexus vel filios vel filias vel servos vel servas. *d. l.* 1. § 21.

XIII. Quanquam autem, si cum magistro ejus gestum sit, duntaxat polliceatur Prætor actionem; tamen (ut Julianus quoque scribit) etiamsi cum ipso Exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenebitur. *d. l.* 1. § 23.

Observandum etiam quod, Si servus sit qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit; nihilominus is qui eum alienavit, tenebitur. Proinde etsi decesserit servus, tenebitur. Nam et magistro defuncto, tenebitur. *l.* 4. § 3. ULP. LIB. 29. AD EDICT.

Sed si servus plurium, navem exerceat voluntate eorum; idem placuit, quod in pluribus Exercitoribus. Plane si unius ex omnibus voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur. Et ideo puto, et in superiore casu in solidum omnes teneri. *d. l.* 4. § 2.

Suffragatur Paulus: Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debebit in solidum actio. *l.* 6. § 1. LIB. 6. BREVIUM.

XIV. Licet autem detur actio in eum cujus in potestate est qui navem exercet; tamen ita demum datur (6) si voluntate ejus exerceat. *l.* 1. § 20. ULPIAN. LIB. 28. AD ED.

Sed si sciente duntaxat, non etiam volente, cum magistro contractum sit; utrum quasi in volentem damus actionem in solidum, an vero exemplo Tributoriæ dabimus? IN RE IGITUR DUBIA, MELIUS EST VERBIS EDICTI SERVIRE (7); et neque scientiam

(1) Intellige deceptionem in modico.

(2) Hac actione *Exercitoria*. Secus in actione quæ ex delictis nautarum in eos datur: ut videb. infra lib. 47. Tit. *Furti advers. naut.*

(3) Nec obstat Velleianum: nam in rem suam suscipit obligationem magistri navis.

(4) Scilicet ut tutore auctore navem exerceat, et tutore auctore hunc magistrum præposuerit.

(5) *A contribution*: actione *Tributoria*, de qua infra Tit. 4.

(6) In solidum.

(7) Forte erat scriptum in Edicto: SI VOLUNTATE *patris dominive exerceat.*

solam et nudam patris dominive in navibus onerare; neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. Et ita videtur et Pomponius significare: Si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari; si minus, in peculium. *d.* §. 20. § *sed si sciente.*

Ita et Paulus: Si servus non voluntate domini navem exercuerit: si sciente eo, quasi Tributoria; si ignorante, De peculio actio dabitur. *sup. d. l.* 6.

XV. Si tamen servus peculiaris volente filiofamilias in cujus peculio erat, vel servo vicarius ejus, navem exercuit: pater dominusve qui voluntatem non accommodavit, duntaxat De peculio tenebitur; sed filius ipse in solidum.

Plane si voluntate domini vel patris exerceant, in solidum teneantur. Et præterea et filius, si et ipse voluntatem accommodavit, in solidum erit obligatus. *sup. d. l.* 1. § 22.

XVI. *Circa actionem Exercitoriam et similes, observandum superest; quod* Hæ actiones perpetuo, et heredibus et in heredes dabuntur. Proinde etsi servus qui voluntate domini exercuit, decessit; etiam post annum dabitur hæc actio: quamvis De peculio ultra annum non detur. *l.* 4. § 4. ULP. LIB. 29. AD ED.

ARTICULUS IV.

De electione quam habent qui cum magistro contraxerunt, cum Exercitore agere an cum magistro.

XVII. Est autem nobis electio, utrum Exercitorem an magistrum convenire velimus. *l.* 1. § 17. ULP. LIB. 28. AD ED.

Et si exercitor is sit cum quo agere non possim; non ideo minus cum magistro cum quo contraxi, agere potero.

V. G. Item si servus meus navem exercebit, et cum magistro ejus contraxero; nihil obstabit (1) quominus adversus magistrum experiar, actione quæ mihi vel Jure civili vel Honorario. Nam et cuivis alii non obstat hoc Edictum, quominus cum magistro agere possit. Hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adjicitur. *l.* 5. § 1. PAUL. LIB. 29. AD ED.

Cæterum Hæc actio ex persona magistri in Exercitorem dabitur.

Et ideo si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum: si quidem a magistro, ipso Jure minuitur obligatio: sed etsi ab Exercitore; sive suo nomine, id est, propter Honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit; minuetur obligatio: quoniam et alius pro me solvendo, me liberat. *sup. d. l.* 1. § 24.

ARTICULUS V.

An Exercitor, ut ex contractu magistri conveniri, ita etiam agere possit.

XVIII. *Dat quidem Prætor ex contractu magistri navis actionem adversus Exercitorem.* Sed ex contrario, exercenti navem adversus eos qui cum magistro contraxerunt, actionem non pollicetur; quia non eodem auxilio indigebat: sed aut Ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet; aut si gratuitam, Mandati agere potest (2).

Solent plane Præfecti (3) propter ministerium annonæ, item in provinciis Præsides provinciarum, extra ordinem eos (4) juvare ex contractu magistrorum. *d. l.* 1. § 18.

(1) Non obstabit, Exercitorem esse meum servum cum quo nulla mihi actio esse potest. Nec ideo minus eum ejus magistro agere possum.

(2) Scilicet ut magister ipsi suas cedat actiones.

(3) Præfectus annonæ Jus dicebat Romæ in causis quæ ad negotiationem annonæ pertinebant; ut liquet ex l. fin. ff. *Quod cum eo qui in alien.*

(4) Exercitores navium ad annonam inservientium. Cæteris autem Exercitoribus non datur actio adversus eos qui cum magistro contraxerunt; nisi forte eo casu quo aliter rem suam servare non possent. Vid. infra Tit. *de Instit. act.* N. 4. cum Nota (2).

TITULUS II.

DE LEGE RHODIA DE JACTU.

INSTITUTUS *in superiore Titulo de Nautis sermo, impulit Pandectarum ordinatores subdere in hoc Titulo* LEGES RHODIAS *de rebus nauticis.*

I. *Quanto in pretio Rhodiorum Leges circa res maritimas fuerint, patet ex eo quod refert Mæcianus. Ita ille:* ΑΞΙΩΣΙΣ, *etc.* (Id est) *DEPRECATIO* Eudæmonis Nicomediensis ad Antoninum Imperatorem: « DOMINE IMPERATOR ANTONINE;

« NAUFRAGIUM IN ITALIA (1) FACIENTES, DIREPTI » SUMUS A PUBLICANIS (2) CYCLADES INSULAS HA» BITANTIBUS ». Respondit Antoninus Eudæmoni : « EGO QUIDEM MUNDI DOMINUS; LEX AUTEM MA» RIS (3). Lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis » præscripta est, judicetur; quatenus nulla ei nos» trarum Legum adversatur ». Hoc idem Divus quoque Augustus judicavit (4). *l.* 9. VOLUSIUS-MÆCIANUS EX LEGE RHODIA.

Lege Rhodia cavetur, ut si levandæ navis gratia Jactus mercium factus est; omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est. *l.* 1. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Circa hanc contributionem videbimus 1.° *Quæ jactura huic contributioni locum det ;* 2.° *Qui, et propter quas merces contribuere teneantur ; quomodo hæc contributio fiat, et quæ ea de re competat actio ; simul et qua actione succurratur in casu quo post contributionem recuperatæ sunt merces quarum jactura facta erat. Denique subjungemus aliquot singulares species quæ ad rem nauticam pertinent.*

ARTICULUS I.

Quæ jactura locum det contributioni.

II. *Ea duntaxat jactura contributioni locum dat, quæ facta est depellendi communis periculi gratia : ut in specie sequenti.*

Navis onustæ levandæ causa, quia intrare flumen vel portum non poterat cum onere, si quædam merces in scapham trajectæ sunt; ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipso ostio, vel portu ; eaque scapha submersa est ; ratio haberi debet inter eos qui in nave merces salvas habent cum his qui in scapha perdiderunt, proinde (5) tanquam si jactura facta esset. Idque Sabinus quoque libro 2 Responsorum probat. Contra si scapha cum parte mercium salva est, navis periit; ratio haberi non debet eorum qui in nave perdiderunt : quia Jactus in tributum (6) nave salva venit. *l.* 4. CALLISTR. LIB. 2. QUÆST.

Similiter, Si navis a piratis redempta sit (7) ; Servius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere aiunt (8). Quod vero prædones abstulerint, eum perdere cujus fuerit (9) : nec conferendum ei qui suas merces redemerit. *l.* 2. § 3. PAUL. LIB. 34. AD ED.

III. *Cum jactura quæ non facta est communis periculi depellendi causa, a cæteris sarciri non debeat; hinc* Servorum quoque qui in mare perierunt, non magis æstimatio facienda est quam si qui ægri in nave decesserint, aut aliqui sese præcipitaverint. *d. l.* 2. § 5.

Hinc et Amissæ navis damnum, collationis consortio non sarcitur per eos qui merces suas naufragio liberaverunt. Nam hujus æquitatem tunc admitti placuit, quum Jactus remedio cæteris in communi periculo salva navi consultum est. *l.* 5. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

Similiter Paulus, Quum depressa navis aut dejecta esset ; quod quisque ex ea suum servasset, sibi servare respondit, tanquam ex incendio. *l.* 7. PAUL. LIB. 3. EPITOM. ALFEN. DIGEST.

Hinc etiam in sequenti specie Julianus : Navis adversa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis et arbore et antenna, Hipponem delata est; ibique tumultuariis armamentis ad præsens comparatis, Hostiam navigavit, et onus integrum pertulit. Quæsitum est, an hi quorum onus fuit, nautæ (10) pro damno conferre debeant ? Respondit, Non debere. Hic enim sumptus instruendæ magis navis, quam conservandarum mercium gratia factus est. *l.* 6. LIB. 86. DIGEST.

Igitur Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarmaverit; nulla facienda est collatio : quia [non (11)] dissimilis earum rerum causa sit quæ navis gratia parentur, et earum pro quibus mercedem aliquis acceperit. Nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus.

Sed si voluntate vectorum [vel (12)] propter aliquem metum in detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet. *sup. d. l.* 2. § 1.

Similiter Papinianus : Quum arbor aut aliud navis instrumentum removendi communis periculi causa dejectum est, contributio debetur. *l.* 3. LIB. 19. RESPONS.

Item Hermogenianus : Arbore cæsa ut navis cum mercibus liberari possit, æquitas contributionis habebit locum. *sup. d. l.* 5.

(1) Longissime distat Italia ab Insulis Cycladibus, quapropter valde probabilis emendatio Jac. Gothofredi qui pro *Italia* legit *Icaria.*

(2) Jac. Gothofredus aliter vertit, nimirum *a Publicis* [servis] *eorum qui Cycladas insulas habitant.*

(3) Sensus est : Ut ego mundi dominus sum, ita est Lex quæ mari imperat; et Lex illa, est Lex Rhodia : terra meis, mare Rhodiis Legibus regitur.

(4) Leges Rhodias etiam confirmaverunt Imperatores Claudius, Nero, Vespasianus, Trajanus; item Pertinax et Severus; ut liquet ex fragmento quod refert Jac. Gothofr. in Dissert. *de Domin. mar.* cap. 8.

(5) Pro *perinde :* et ita sæpissime; imo elegantius, ut quidam volunt.

(6) Id est; quia demum tributo locus est, quum navis salva facta est per jacturam aliquarum mercium. Hic vero salva facta non est ; cum periisse supponatur. Scapha autem quæ salva facta est, non debet jacturæ navis suam salutem.

(7) Datis scilicet quibusdam mercibus.

(8) Merces enim quæ piratis datæ sunt, communis periculi depellendi causa datæ sunt.

(9) Nec enim dedit depellendi communis periculi gratia.

(10) Id est, magistro navis.

(11) Hæc negatio supplenda; ut ratio contextus expostulat ; vel legendum *similis* pro *dissimilis ;* ut observat Cujacius XXIV. 35.

(12) Hanc particulam vel expungendam recte censet Cujacius d. loco Observ.

ARTICULUS II.

Qui, et propter quas res conferre debeant; quomodo contributio fiat, et qua actione.

§ 1. *Generaliter proponuntur et solvuntur omnes hæ quæstiones.*

IV. Qnum in eadem nave varia merciom genera complores mercatores coegissent; prætereaque multi vectores (1) servi liberique in ea navigarent; tempestate gravi orta, necessario jactura facta erat. Quæsita deinde sunt hæc:

I. Ao omnes jacturam præstare oporteat; et si qui (2) tales merces imposuissent quibus navis non oneraretur, velut gemmas, margaritas?

II. Et quæ portio præstanda est?

III. Et an etiam pro liberis capitibus dari oporteat?

IV. Et qna actione ea res expediri possit?

Placuit omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere: quia id tributum ob servatas res deberent. Itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse.

Jacturæ summam pro rerom pretio distribui oportet. Corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse.

Ex conducto dominos rerum amissarum cum nauta id est, cum magistro actnros. *l.* 2. § 2. PAUL. LIB. 34. AD ED.

His quæstionibus generaliter perpensis; quædam specialiter notanda veniunt circa res propter quas fit contributio, modum contributionis, et actionem quæ ad eam faciendam competit.

§ 2. *De rebus propter quas fieri debet contributio.*

V. Itidem agitatum est, an etiam vestimeotorum cujusque et annulorum æstimationem fieri oporteat? et omnium visum est.

Nisi si qua consumendi causa imposita forent; quo iu numero essent cibaria: eo magis quod si quando ea deficerent in navigatione, quod quisque haberet in commune conferret (3). *d.* § 2. ¶ *itidem.*

VI. *An autem etiam illæ res huic contributioni obnoxiæ sunt, quæ servatæ sunt quidem sed deteriores factæ? Hac de re ita Callistratus.* Qnum autem Jactus de nave factus est, et alicujus res quæ in oave remanserunt deteriores factæ sunt; videndum an conferre cogendus sit? quia non debet duplici damoo onerari; et collationis, et quod res deteriores factæ sunt. Sed defendendum est, hunc conferre debere pretio præsente rerum. Itaque V. G. si vicenum merces duorum fuerint, et alterius aspergine (4) decem esse cœperint: ille cujus res integræ sunt, pro viginti conferat; hic pro decem. Potest tamen dici etiam illa sententia, distinguentibus nobis deteriores ex qua causa factæ sunt: id est, utrum propter Jacta nudatis (5) rebus damnum secutum est; an vero alia ex causa veluti quod alicubi jacebant merces in angulo aliquo, et unda penetravit: tunc enim conferre debebit. An ex priore causa collationis onus pati non debet, quia Jactus etiam hunc læsit? adhuc numquid (6), etsi aspergine propter Jactom res deteriores factæ sunt? Sed distinctio subtilior adhibenda est, quid plus sit in damoo ao in collatione. Si V. G. hæ res viginti fuerunt; et collatio quidem facit decem, damnum autem duo: deducto hoc quod damnum passus est, reliquum conferre debeat.

Quid ergo si plus in damno erit, quam in collatione? Ut puta, decem aureis res deteriores factæ sunt; duo autem collationis sunt. Indubitate utrumque onus pati non debet. Sed hic videamus, num et ipsi conferri oporteat? Quid enim interest, jactatas res meas amiserim, an nudatas (7) deteriores habere cœperim? Nam sicut ei qui perdiderit, subvenitur; ita et ei subveniri oportet, qui deteriores propter Jactum res habere cœperit. Hæc ita Papirius-Fronto respondit. *l.* 4. § 2. CALLISTRAT. LIB. 2. QUÆST.

VII. *Illud adhuc observandum est; quod res quæ aliarum Jactu servatæ sunt, non ideo minus huic contributioni obnoxiæ sunt, quod postea navis alio loco periit; si merces illæ prius servatæ, ex mari in quod postea deciderant extractæ sunt.*

Hoc docet idem Callistratus: Sed si navis quæ in tempestate Jactu mercium unius mercatoris levata est, in alio loco submersa est; et aliquorum mercatorom merces per urinatores extractæ sunt data mercede: rationem haberi debere ejus, cujus merces in navigatione levandæ navis causa jactæ sunt, ab his qui postea suas per urinatores servaverunt, Sabinus æque respondit. *d. l.* 4. § 1.

Obiter nota: Eorum (8) vero qui ita servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo qui in navigatione Jactum fecit; si quædam ex his mercibus per urinatores extractæ (9) sunt. Eorum

(1) *Vectores* dicuntur, qui navi vehendos se locaverunt: *des Passagers.*

(2) Id est, et an etiam eos si qui forent *qui*, etc.

(3) *Cibos obsidio partitur: inopiam pariter navigantium frequenter unius alimenta paverunt* Quintil. *Declam.* 5.

(4) Vitium ex unda contractum, *asperginem* vocat.

(5) Alias, et melius, *inundatis.*

(6) Id est, contra, *numquid pati debet quamvis, etc.*

(7) Alias *inundatas.*

(8) Sensus est: Vice versa, qui in navigatione Jactum fecit, et postea suas merces per urinatores recuperavit, non debet sarcire damnum eorum qui servaverant suas merces per Jactum, et postea naufragio eas amiserunt. Ea enim demum jactura sarcitur, quæ facta est navis servandæ causa; ut vid. supra. Sed non potest jactura earum mercium videri facta esse navis servandæ gratia quæ periit.

(9) Ex Nota præced. liquet rectam esse lectionem; et perperam ob Ant. Fabro emendari, *extractæ non sunt.*

enim merces non possunt videri servandæ navis causa jactæ esse, quæ periit. *d.* § 1.

§ 3. *De modo contributionis.*

VIII. *Circa jacturæ summam quam pro rerum pretio distribui oportere vidimus, id notat Ulpianus :* Portio autem pro æstimatione rerum quæ salvæ sunt et earum quæ amissæ sunt, præstari solet. Nec ad rem pertinet, si hæ quæ amissæ sunt, pluris vænire poterant : quoniam detrimenti, non lucri sit præstatio. Sed in his rebus quarum nomine conferendum est, æstimatio debet haberi; non quanti emptæ sint; sed quanti vænire possint. *l.* 2. § 4. ULPIAN. LIB. 34. AD ED.

§ 4. *De actione quæ ad contributionem competit; et de casu quo merces recuperatæ sunt.*

IX. Si laborante nave Jactus factus est; amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, Ex locato cum magistro (1) navis agere debent : is deinde cum reliquis quarum merces salvæ sunt, Ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, Ex locato agere cum magistro navis debere, ut cæterorum vectorum merces retineat donec portionem damni præstent. Imo et etsi non (2) retineat merces magister (3), ultro Ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. Quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant (4) plane commodius est si sint, retinere eas. At si non, et totam navem conduxerit, Ex conducto (5) aget : sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt. Æquissimum enim est commune detrimentum fieri eorum qui propter amissas res aliorum, consecuti sunt ut merces suas salvas haberent. *l.* 2. ULP. LIB. 34. AD ED.

Hac actione magister navis in id duntaxat tenetur ut ipse cum vectoribus agere teneatur, aut actiones suas cedere. Cæterum Si quis ex vectoribus solvendo non sit; hoc detrimentum magistri navis non erit : nec enim fortunas cujusque nauta excutere debet. *l.* 2. § 6. ULP. LIB. 34. AD ED.

X. Si res quæ jactæ sunt, apparuerint; exoneratur collatio. Quod si jam contributio facta sit : tunc hi qui solverint, agent Ex locato cum magistro; ut is Ex conducto experiatur, et, quod exegerit, reddat. *d. l.* 2. § 7.

ARTICULUS III.

Referuntur quædam singulares species ad rem nauticam pertinentes.

XI. *Species prima.* Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit; et tempestate orta temperare non potuerit, et navem perdiderit; vectores habebunt adversus eum Ex locato actionem. *l.* 13. § 2. *ff. Locati.* ULP. LIB. 32. AD EDICT.

XII. *Secunda.* Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit; et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit; eaque navis in ostio fluminis perierit; tenetur primus navicularius. Labeo, si culpa caret, non teneri ait : cæterum si vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneæ navi imposuit; tunc Ex locato agendum. *d. l.* 13. § 1.

Eumdem Labeonis sententiam refert, et de ea fusius disserit Paulus. Dicebat Labeo : Si ea conditione navem conduxisti ut ea merces tuæ portarentur; easque merces nulla nauta necessitate coactus, in navem deteriorem, quum id sciret te fieri, nolle, transtulit; et merces tuæ cum ea nave perierunt in qua novissima vectæ sunt; habes Ex conducto-locato cum priore nauta actionem. Paulus : Imo contra; si modo ea navigatione utraque navis periit cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. *l.* 10. § 1. LABEO LIB. 1. PITHANON A PAULO EPITOMATORUM.

Idem Juris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit.

Idem Juris erit quum ea conditione a te conduxisset (6) ut certam pœnam tibi præstaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset in quem devehendas eas merces locasset (7); nec per eum staret quominus remissa, sibi ea pœna spectaret (8).

(1) Nam cum dominis mercium quæ salvæ factæ sunt, nullam habent actionem; si quidem cum illis non contraxerunt.

(2) Ita in lectione Vulgata et Haloandri. Non placet lectio Florentina quæ est sine negatione; quamvis eam defendat Cujacius Observ. III. 2.

(3) Duyrsema *ultro* interpretatur per *amplius insuper*, hoc sensu ut non solum jus retinendi merces, sed insuper.

(4) Puta, si nihil aliud haberent quam gemmas et margaritas, etc. Cum eas penes se haberent, retineri non potuerunt : æquum tamen est ut ratione earum contribuant, cum salvæ factæ sint per Jactum.

(5) Cujacius censet legendum : AT *si non totam navem conduxerint, Ex conducto agent.* Sensus est : at ita demum domini amissarum mercium opus habebunt agere *Ex conducto* adversus magistrum navis ut ipse agat adversus eos quorum merces salvæ factæ sunt, si non totam navem conduxerunt. Nam si ipsi domini amissarum mercium totam navem conduxissent, et ipsi admisissent merces aliorum; cum illis ipsi contraxissent, adeoque ipsi recta via adversus eos agerent.

(6) In hac lege verbum *conduxisset* ad nautam pertinet; et infra verbum *locasset*, ad dominum mercium qui eas vehendas locavit.

(7) *Locasses :* Cujac.

(8) Cujacius legit *remissam sibi eam pœnam spectaret :* hoc sensu; nec per eum staret quominus munere vehendi fungeretur, adeoque se ea pœna exsolutum spectaret. Observat. III. 2.

Idem Juris in eodem genere cogitationis (1) observabimus, si probatum fuerit nautam (2) morbo impeditum navigare non potuisse.

Idem dicemus si navis ejus (3) vitium fecerit sine dolo malo et culpa ejus. *d. l.* 10. § 2.

XIII. *Tertia Species est* : Si conduxisti navem amphorarum duo millium et ibi amphoras portasti; pro duobus millibus amphorarum pretium debes. Paulus Imo si aversione navis conducta est, pro duobus millibus debetur merces; si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet. Nam pro tot amphoris pretium debes quot portasti. *d. l.* 10. § 3.

XIV. *Quarta Species*. Si vehenda mancipia conduxisti; pro eo mancipio quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus : Imo quæritur quid actum est; utrum ut pro his qui impositi, an pro his qui deportati essent; merces daretor. Quod si hoc apparere non potuerit; satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium. *d. l.* 10.

XV. *Quinta Species addi potest* : Si quis mulierem vehendam navi conduxisset, deinde in nave infans natus fuisset, probandum est pro infante nihil deberi : cum neque vectura ejus magna sit, neque his omnibus utatur quæ ad navigantium usum parantur. *l.* 19. § 7. *ff. Locati*. Ulp. lib. 32. ad Ed.

(1) Alias *cognitionis*. Quam lectionem præfert Cujacius d. loco Observ.

(2) Priorem nautam scilicet.

(3) Navis prior.

TITULUS III.

DE INSTITORIA ACTIONE.

Pauca *de Rhodiis Legibus digressi Pandectarum ordinatores, redeunt ad tractationem de actionibus quæ ex alieno contractu adversus aliquem dantur, quam statim ab initio hujus libri inchoaverant : aguntque in hoc Titulo de secunda harum actionum specie quæ* Institoria *dicitur, et ex contractu Institoris adversus exercitorem tabernæ qui eum præposuit, datur.*

Ut quæ ad hanc materiam pertinent, methodice tractentur ; 1.° Quædam summatim præmittemus circa actus Institorum ; 2.° Dispiciemus quis Institor videatur necne, ut ex ejus contractu hæc actio detur ; 3.° Videbimus ex quibus causis detur ; 4.° Cui et adversus quem ; et, quum plures præposuerunt, an in solidum teneantur ; 5.° Quando extinguatur hæc actio ; 6.° Articulum subjungemus de Utili Institoria.

ARTICULUS I.

Quædam summatim præmittuntur circa actus Institorum.

I. Æquum Prætori visum est, sicut commoda sentimus ex actu Institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. *l.* 1. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Igitur ex actu Institorum et adversus ipsos eosve in quorum potestate sunt, actio nascitur ; et adversus illos qui eos præposuerunt, actio ex hoc Edicto datur.

Hinc Si servum Titii Institorem habueris; vel tecum ex hoc Edicto, vel cum Titio ex inferioribus Edictis (1) agere potero.

Sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum Titio duntaxat agi poterit. *l.* 17. § 1. Paul. lib. 30. ad Ed.

II. *Interdum tamen ex actu suo ipse Institor non obligatur : scilicet si magis protestatus est fidem mensæ cui erat præpositus, quam ipse suo nomine contraxit ; ut in specie sequenti.*

Lucius Titius mensæ nummulariæ quam exercebat, habuit libertum præpositum. Is Gaio Seio cavit in hæc verba : « Octavius Terminalis, rem » agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. » Habes penes mensam patroni mei denarios mille, » quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias ». Quæsitum est; Lucio Titio defuncto sine herede, bonis ejus venditis, an ex epistola jure conveniri Terminalis possit? Respondit, Nec jure his verbis obligatum, nec æquitatem conveniendi eum superesse : cum id Institoris officio ad fidem mensæ protestandam scripsisset. *l.* 20. Scævola lib. 5. digest.

III. *Quum Institor contraxit, non solum* Institoria *ex illo contractu actio adversus eum qui præposuit datur ; sed et* Ex hac causa etiam condici (2) posse verum est. *sup. d. l.* 17. § *fin.*

Et alibi : Si Institorem servum dominus habuerit; posse dici Julianus, ait, etiam condici ei posse : quasi jussu ejus contrahatur a quo præpositus sit. *l.* 29. *ff. de Reb. credit.* Paul. lib. 4. ad Plaut.

(1) Puta, *De peculio*.

(2) Id est, agi generali condictione *Certi*; si certa res fuit in obligationem deducta : ergo, inquit Cujacius, adversus eum qui præposuit Institorem duæ patent actiones.

IV. *Igitur ex contractu Institoris, ei qui cum illo contraxit, Prætor dat actionem adversus eum qui Institorem præposuit.*

Sed non idem facit circa eum qui Institorem præposuit, ut experiri possit. Sed si quidem servum proprium Institorem habuit potest esse securus acquisitis sibi actionibus : si autem vel alienum servum vel etiam hominem liberum, actione deficietur; ipsum tamen Institorem vel dominum ejus convenire poterit, vel Mandati vel Negotiorum gestorum (1).

Marcellus autem ait, Debere dari actionem ei qui Institorem præposuit, in eos qui cum eo contraxerint (*sup. d. l.* 1. ¶ *fin.*), eo nomine quo Institor contraxit; si modo aliter rem suam servare non potest (2). *l.* 2. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

ARTICULUS II.

Quis Institor intelligatur necne, ut ex hujus contractu actio Institoria *detur.*

V. Institor appellatus est ex eo quod negotio gerendo instet. *l.* 3. ULP. LIB. 28. AD ED.

Et quidem Institor est qui tabernæ locove ad emendum vendendumve præponitur; quique sine loco ad eumdem actum præponitur. *l.* 18. PAUL. LIB. SING. DE VARIIS LECTIONIBUS.

Nec multum facit, tabernæ sit præpositus an cuilibet alii negotiationi. *sup. d. l.* 3. ¶ *fin.*

Cum interdum etiam ad homines honestos afferant merces, et ibi vendant. Nec mutat causam actionis, locus vendendi emendive; cum utroque modo verum sit, Institorem emisse aut vendidisse. *l.* 4. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Cuicumque igitur negotio præpositus sit, INSTITOR recte appellabitur. *l.* 5. ULP. LIB. 28. AD ED.

VI. *Varias prosequitur Ulpianus Institorum species, ex quorum omnium contractu actio* Institoria *datur.*

Nam et Servius libro 1 ad Brutum ait : Si quid cum insulario (3) gestum sit, vel eo quem quis ædificio præposuit vel frumento coemendo; in solidum eum teneri. *d. l.* 5. § 1.

Labeo quoque scripsit, Si quis pecuniis fenerandis, agris colendis, mercaturis, redempturisque faciendis præposuerit, in solidum eum teneri. *d. l.* 5. § 2.

Sed et si in mensa habuit quis servum præpositum, nomine ejus tenebitur. *d. l.* 5. § 3.

Sed etiam eos INSTITORES dicendos placuit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam et distrahendam; quos vulgo CIRCITORES appellamus. *d. l.* 5. § 4.

Sed et muliones quis proprie INSTITORES appellet. *d. l.* 5. § 5.

Item fullonum et sarcinatorum præpositus, stabularii quoque loco Institorum habendi sunt. *d. l.* 5. § 6.

Sed et si tabernarius servum suum peregre mitteret ad merces comparandas et sibi mittendas; loco Institoris habendum Labeo scripsit. *d. l.* 5. § 7. ULP. LIB. 28. AD ED.

Idem Labeo ait : Si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum; deinde is pecunia accepta præsenti, ut per dies singulos eis panem præstaret, conturbaverit (4); dubitari non oportet quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat. *d. l.* 5. § 9.

VII. *Ex diversis istis speciebus liquet quod jam ante diximus,* Institores *intelligi etiam eos qui certo loco non præpositi sunt; quum negotiatoris voluntas habendi eos pro Institoribus aliunde apparet.*

Illi autem qui certo loco præpositi sunt, adeo Institores præsumuntur; ut, nisi manifesta proscriptione contrahere prohibeantur, Institores habeantur; et ex eorum contractu Institoria *actio in negotiatorem detur.*

Hinc Ulpianus : De quo palam proscriptum fuerit NE CUM EO CONTRAHATUR, is præpositi loco non habetur. Non enim permittendum erit cum Institore contrahere : sed si quis nolit contrahi, prohibeat. Cæterum qui præposuit, tenebitur ipsa præpositione. *l.* 11. § 2. ULP. LIB. 28. AD ED.

PROSCRIBERE PALAM sic accipimus, claris litteris; unde de plano recte legi possit : ante tabernam scilicet, vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur; non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris, utrum Græcis an Latinis? Puto secundum loci conditionem; ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras; vel non observasse quod propositum erat, quum multi legerent, quumque palam esset propositum; non audietur. *d. l.* 11. § 3.

Proscriptum autem perpetuo esse oportet. Cæterum si per id temporis quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit; Institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset; alius autem sustulit; aut vetustate vel pluvia vel quo simili contigit ne proscriptum esset, vel non appareret : dicendum eum qui præposuit, teneri. Sed si ipse Institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet; nisi particeps doli fuerit qui contraxit. *l.* 11. § 4. ULP. LIB. 28. AD ED.

VIII. *Hi autem non videntur esse Institores : V. G.* 1.° *Discipulus cui duntaxat mandatum est ut cæteris discipulis imperaret.*

Hinc Ulpianus ait : Sed et quum fullo peregre proficiscens rogas et ut discipulis suis quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret; post cujus profectionem, vestimenta discipulus accepisset,

(1) Ut actionem ex hoc contractu Institori, cive in cujus potestate Institor est, quæsitam cedat.

(2) Eadem æquitas occurrit ut hoc casu detur etiam actio exercitori adversus eum qui magistro navis contraxit.

(3) Id est, præposito custodiæ insulæ seu domus.

(4) Fidem fefellerit.

et fugisset; fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus; si vero quasi Institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis; non Institoria, sed Ex locato tenebitur. *l.* 5. § 10. Ulpian. lib. 28. ad Ed.

2.° *Item villicus non solet pro Institore haberi. Igitur* Si cum villico alicujus contractum sit, non datur in dominum actio: quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus præpositum habuero; non erit iniquum, exemplo Institoriæ (1) actionem in me competere. *l.* 16. Paul. lib. 29. ad Ed.

IX. *Vidimus qui Institores sint necne. Qui autem alicujus Institor erat, non ideo desinit Institor esse quod mutatio status ei contigerit.*

Hinc Si dominus qui servum Institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotiom exercuit; varietate status non mutabitur periculi causa. *l.* 19. § 1. Papin. lib. 3. respons.

X. *Institor etiam quis videri pergit post mortem negotiatoris qui eum præposuit; quandiu non est adita ejus hereditas.*

Igitur Si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, æquum est ignoranti dari Institoriam actionem. *d. l.* 5. § 17. ¶ *necnon si.*

Imo et scienti. Unde Ejus contractus certe nomine qui ante aditam hereditatem intercessit; etiamsi furiosus (2) heres existat: dandam esse actionem, etiam Pomponius scripsit. Non enim imputandum est ei qui sciens dominum decessisse, cum Institore exerceute mercem contrahat (3). *l.* 17. § 3. Paul. lib. 30. ad Ed.

Quinetiam post aditam hereditatem manet Institor, si heres pergit eum pro Institore habere.

Hinc Si ab alio Institor sit præpositus; is tamen decesserit qui præposuit, et heres ei extiterit qui eodem Institore utatur; sine dubio teneri eum oportebit. *l.* 5. § 17. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Quinimo sufficit Institorem non remotum esse.

Unde Si impubes patri habenti Institores heres extiterit, deinde cum iis contractum fuerit; dicendum est, in pupillum dari actionem propter utilitatem (4) promiscui usus: quemadmodum ubi post mortem tutoris cujus auctoritate Institor præpositus est, cum eo contrahitur. *sup. d. l.* 17. § 2.

Similiter Ulpianus: Sed si pupillus heres extiterit ei qui præposuerat, æquissimum erit pupillum teneri quandiu præpositus manet. Removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera ejus uti. *l.* 11. Ulpian. lib. 28. ad Ed.

XI. *Ex hactenus dictis patet qui Institores sint et quandiu tales esse videantur. Ut autem ex eorum contractu hæc actio Institoria detur,* Parvi refert quis sit Institor; masculus, an femina; liber an servus, proprius vel alienus. *l.* 7. § 1. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Item Alexander: Ex contractibus servorum quamvis De peculio duntaxat domini teneantur; de eo tamen quod in rem eorum versum est, vel cum Institore ex causa cui præpositus fuit contractum est, etiam in solidum conveniri posse, dubium non est. *l.* 2. *Cod. de Institor. et exercit. act.*

Sed et si filiafamilias sit vel ancilla præposita, competit Institoria actio. *sup. d. l.* 7. *d.* § 1. ¶ *sed etsi.*

Pupillus autem Institor obligat eum qui eum præposuit, Institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum præposuit. *d. l.* 7. § *fin.*

Nam et plerique pueros puellasque tabernis præponunt. *l.* 8. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Sed etsi Institor cum quo contraxisti, erat servus tuus; competit Institoria: *de quo dubitari poterat, quia ipse vicissim non es obligatus.*

Hoc docet Ulpianus: Si a servo tuo operas vicarii ejus conduxero, et eum merci meæ Institorem fecero, isque tibi mercem vendiderit; emptio est. Nam quum dominus a servo emit, est emptio; licet non sit dominus obligatus (5): usque adeo ut etiam Pro emptore et possidere et usucapere dominus possit. *l.* 11. § *fin.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

Et ideo utilis (6) Institoria actio adversus me tibi competet. *l.* 12. Julian. lib. 12. digest.

Obiter nota: Mihi vero adversus te vel De peculio dispensatoris, si Ex conducto agere velim; vel De peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim: pretiumque quo emisti in rem tuam versum videri poterit, eò quod debitor servi tui factus esses (7). *d. l.* 12.

ARTICULUS III.

Ex quibus causis ex contractu Institoris detur Institoria actio.

XII. Non tamen omne quod cum Institore geritor, obligat eum qui præposuit: sed ita, si ejus

(1) Id est, *Utilem* de qua infra Art. fin.

(2) Sed qui potuit furiosus adire hereditatem? Finge per aliquod dilucidum intervallum eam adivisse. Ita Schulting.

(3) Nec obstat quod mandatum morte finitur. Favore enim commerciorum receptum est, ut hæc mandati species duret etiam post mortem negociatoris qui Institorem præposuit.

(4) Videtur refragari principiis Juris, ut pupillus sine tutoris auctoritate obligetur ex contractu Institoris: sed hoc exigit *utilitas* commerciorum et *promiscui usus.*

(5) Licet nulla sit obligatio civilis inter dominum et ipsius servum; tamen inter illos emptio intercessisse intelligi potest: ad hoc enim sufficit naturalis obligatio.

(6) Id est, efficax. Hic enim *Institoria* directo competit; nec recurrendum est ad *Utilem* de qua infra Art. fin.

(7) Sensus est, ex causa mandati vendendæ meæ mercis, servi tui qui Institor meus fuit nomine etiam *De in verso* adversus te agere potero. Nam eatenus in rem tuam versum, ejusque servi peculium auctum videri poterit, quatenus ei servo debitor naturaliter factus es pretii mercis meæ quam tibi vendidit.

rei gratia cui præpositus fuerit contractum est; id est, duntaxat ad id ad quod eum præposuit. *l.* 5. § 11. ULP. LIB. 28. AD ED.

Proinde si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus Ex empto actione. Item si forte ad emendum eum præposuero, tenebor duntaxat Ex vendito. Sed neque si ad emendum, et ille vendiderit; neque si ad vendendum, et ille emerit; debebit teneri. Idque Cassius probat. *d. l.* 5. § 12.

XIII. *Cæterum quum quis præpositus est ut vendat ematve; non solum ex ipso contractu venditionis aut emptionis præponentem obligat, sed generaliter ex omnibus causis quæ ad hoc vendendi emendique negotium pertinent.*

Hinc Paulus: Si quis mancipiis vel jumentis pecoribusve emendis vendendisque præpositus sit; non solum Institoria competit adversus eum qui præposuit: sed etiam Redhibitoria, vel Ex stipulato duplæ simplæve in solidum actio danda est. *l.* 17. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Item si Institor quum oleum vendidisset, anoulum arrhæ nomine acceperit, neque eum reddat; dominum Institoria teneri. Nam ejus rei in quam præpositus est, contractum est; nisi forte mandatum ei fuit præsenti pecunia (1) vendere. Quare si forte pignus Institor ob pretium acceperit, Institoriæ locus erit (2). *d. l.* 5. § 15. ULP. LIB. 28. AD EDICT.

Item fidejussori qui pro Institore intervenerit, Institoria competit: ejus enim rei sequela est. *d. l.* 5. § 16.

XIV. *Sed et* Si ei quem ad vendendum emendumve oleum præposui, mutuum oleum datum sit: dicendum erit, Institoriam locum habere. *d. l.* 5. § 14.

Imo Sed si pecuniam quis crediderit Institori ad emendas merces præposito, locus est Institoriæ. Idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam. Quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari. *d. l.* 5. § 13.

Et quidem circa mutuum, quæcumque supra in Exercitoria actione locum habere docuit Africanus (3): Eadem fere dicenda ait et si de Institoria actione quæratur. Nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem cui emendæ servus sit præpositus; et sufficere, si in hoc crediderit; non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat an in hanc rem pecunia eroganda est. *l.* 7. § *fin. ff. de Exercit. act.* AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

Quod si quis non ad emendum, sed duntaxat ad vendendum præpositus est; non obligat præponentem mutuando pecuniam: nisi hoc quoque ei concessum probetur.

V. G. Servus tuus pecuniam mutuam accipiendo ita demum te Institoria actione obligavit; si, quum eum officio alicui vel negotiationi exercendæ præponeres, etiam ut id faceret ei permissum a te probetur. Quod si hæc actio locum non habeat; si quid in rem tuam versum probabitur, actione in eam rem proposita cogeris exsolvere. *l.* 1. *Cod. de Instit. et exercit. act.* ANTONINUS.

XV. *Cum Institor non obliget præponentem nisi ex causa hujus negotii ad quod præpositus est; Hinc* Servus pecuniis tantum fenerandis præpositus, per intercessionem æs alienum suscipiens, ut Institor (4) dominum in solidum Jure Prætorio non astringit. *l.* 19. § 3. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Interdum tamen intercessio ad Institoriam causam pertinet. Hinc subjicit: Quod autem pro eo qui pecuniam fœneravit (5), per delegationem alii promisit; a domino recte petetur (6), cui pecuniæ creditæ contra eum qui delegavit actio quæsita est. *d.* § 3.

Item in specie sequenti. Titianus Primus præposuerat servum mutuis pecuniis dandis; et pignoribus accipiendis. Is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Quum fugisset servus; et is cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine Institoris; negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem præpositus fuisset. Cum autem et alia quædam gessisse, et horrea conduxisse, et multis solvisse idem servus probaretur; Præfectus (7) annonæ contra dominum dederat Sententiam. Dicebamus quasi fidejussorem eum videri, cum pro alio solveret debitum [non pro aliis suscipit debitum (8)]; non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem; nec videtur hoc dominum mandasse. Sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, Sententiam confirmavit Imperator. *l.* 8. *ff. Quod cum eo.* PAUL. LIB. 1. DECRETOR.

XVI. *Vidimus ex quibus contractibus Institor præponentem obliget.*

Qualiscumque autem sit contractus, Conditio præpositionis servanda est. Quid enim si certa lege, vel interventu cujusdam personæ, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Æquissimum erit id servari in quo præpositus est.

Item si plures habuit Institores; vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo.

Sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret; non debet Institoria teneri. Nam et certam

(1) Nam in venditione quæ fit præsenti pecunia, nullam arrham intervenire opus est.

(2) Nisi, ut supra dictum est, mandatum esset præsenti pecunia vendere.

(3) Vid supra Tit. *de Exercitor. et.* N. 8.

(4) Ita Haloander legit rectius quam *Institorem.*

(5) Mutuam sub fenore sumpsit ab eo Institore.

(6) *Institoria*; hoc enim facit Institor magis ut deleganti fœneret, quam ut intercedat.

(7) Nota jurisdictionem Præfecti annonæ de hisce controversiis.

(8) Voces superfluæ ex Edit. Florent. quas Vulgata non agnoscit.

personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum; vel certis hominibus permittere.

Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio. Neque enim decipi debent contrahentes. *sup. d. l.* 11. § 5.

Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, præpositi loco non habetor: cum magis hic custodis sit loco, quam Institoris. Ergo nec vendere mercem hic poterit, nec modicum quid ex taberna. *d. l.* 11. § 6.

Item Proculus ait: Si denuntiavero tibi ne servo a me præposito crederes; exceptionem dandam, SI (1) ILLE NON DENUNTIAVERIT ne illi servo crederet. *l.* 17. § 4. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Obiter nota: Sed si ex eo contracto peculium habeat, aut in rem meam versum sit, nec velim quo locupletior sim solvere; replicari De dolo malo oportet. Nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quæram. *d.* § 4.

ARTICULUS IV.

Cui et adversus quem actio Institoria *competat; et an in solidum, quum plures præposuerunt.*

§ 1. *Cui et adversus quem competat.*

XVII. *Hæc actio competit ei qui cum Institore circa rem cui præpositus est contraxit, adversus eum eosve qui hunc Institorem præposuerunt.*

Et quidem tenetur Quisquis præposuit: nam et si mulier (2) præposuit, competet Institoria; exemplo Exercitoriæ actionis: et si mulier sit præposita, tenebitur etiam ipsa. *l.* 7. § 1. ¶ *item quisquis.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Verum si ipse pupillus præposuerit: si quidem tutoris auctoritate, obligabitur; si minus, non. *l.* 9. ULP. LIB. 28. AD ED.

Eatenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex ea re locupletior est. *l.* 10. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Sed et si minor viginti quinque annis erit qui præposuit; auxilio ætatis utetur, non sine causæ cognitione. *l.* 11. § 1. ULP. LIB. 28. AD ED.

XVIII. *Jam vero præposuisse intelligitur, et hac actione tenetur non solum qui ipse per se præposuit;* Sed et si procurator meus, tutor, curator, Institorem præposuerit; dicendum erit, veluti a me præposito, dandam Institoriam actionem. *sup. d. l.* 5. § *fin.*

Sed et in id ipsum procuratorem, si omnium (3) rerum procurator est, dari debebit Institoria. *l.* 6. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Sed et si quis meam rem gerens præposuerit, et ratum habuero; idem erit dicendum. *l.* 7. ULP. LIB. 28. AD ED.

§ 2. *Quum plures præposuerunt, an in solidum teneantur.*

XIX. Si duo pluresve tabernam exerceant, et servum quem ex disparibus partibus habebant, Institorem præposuerint; utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro æqualibus, an pro portione mercis; an vero in solidum, Julianus quærit? Et verius esse ait, Exemplo exercitorum, et De peculio actionis, in solidum unumquemque conveniri posse: et quidquid is præstiterit qui conventus est, Societatis judicio vel Communi dividundo consequetur. Quam sententiam et supra probavimus. *l.* 13. § 2. ULP. LIB. 28. AD ED.

Idem erit et si alienus servus communi merci præpositus sit. Nam adversus utrumque in solidum actio dari debet; et quod quisque præstiterit, ejus partem Societatis vel Communi dividundo judicio consequetur.

Certe ubicumque actio Societatis vel Communi dividundo cessat, quemque pro parte sua conveniri oportere constat; veluti si is cujus servo creditum est, duobus heredibus institutis, ei servo libertatem dederit. Nam heredum quisque pro sua parte conveniendus est, quia cessat inter eos Communi dividundo judicium (4). *l.* 14. PAUL. LIB. 4. AD PLAUT.

ARTICULUS V.

Quandiu duret, et quando extinguatur Institoria *actio.*

XX. Novissime sciendum est has actiones perpetuo dari; et in heredem, et heredibus. *l.* 15. ULP. LIB. 28. AD ED.

XXI. *At vero extincta obligatione Institoris, extinguitur actio quæ ex contractu Institoris adversus præponentem datur.*

Hinc Ulpianus: Meminisse autem oportebit Institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem; vel ab alio, novandi animo stipulando. *l.* 13. § 1. ULP. LIB. 28. AD ED.

Quocirca notandum quod non ideo minus præponens tenetur, quod obligationi Institoris accesserit tanquam fidejussor: hinc enim nulla novatio est.

V. G. Tabernæ præpositus a patre filius, mercium causa mutuam pecuniam accepit; pro eo pater fidejussit: etiam Institoria ab eo petetur; cum

(1) Formula Exceptionis.

(2) De quo dubitari poterat, quia Velleianum prohibet mulierem alterius obligationi accedere: verum ratio decidendi est quod cessat Velleianum, quum in rem suam alterius obligationi accedit mulier.

(3) Alioquin non posset præponere; nisi ex speciali mandato, aut nisi ratum habuisset.

(4) Nulla quippe inter eos communio servi, cum manumissus supponatur.

acceptæ pecuniæ speciem, fidejubendo, negotio tabernæ miscuerit (1). *l.* 19. § 2. Papin. lib. 3. resp.

ARTICULUS VI.

De Utili Institoria.

XXII. *Edictum de Institore loquitur. Ex sententia autem Edicti, ex contractu ejus qui non Institor sed duntaxat procurator est:* Utilis Institoria *datur.*

Puta In eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem (2) præposuit, Utilis ad exemplum Institoriæ datur actio. Quod æque faciendum erit, et si procurator solvendo sit qui stipulanti pecuniam promisit. *l.* 19. Papinian. lib. 3. respons.

Idem Papinianus libro eodem refert; Fidejussori condemnato qui ideo fidejussit quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet, Utilem actionem dandam quasi Institoriam; quia et hic quasi præposuisse eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur. *l.* 10. § 5. *ff. Mandati.* Ulp. lib. 31. ad Ed.

Similiter rescribunt Diocletianus et Maximianus: Si mutuam pecuniam accipere a te, Demetriano Domitianus mandavit, et hoc posse probare confidis; ad exemplum Institoriæ eumdem Domitianum apud competentem judicem potes convenire. *l.* 5. *Cod. de Inst. et exercit.*

Idem dictum puta generaliter de procuratoribus ad quamlibet aliam rem. V. G.

Si quis pecuniæ fenerandæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus præpositus est; ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligatur. Nec interest servus an liber sit. Paul. sentent. *lib.* 2. *tit.* 8. § 2.

Ex eo autem solo quod procurator meus agnoverit me debere, nulla actio nascitur; ut vid. supra lib. 3. *Tit.* de Procurat. *N.* 5.

XXIII. *Hactenus de procuratore.*

Pariter Qui secutus domini voluntatem, cum servo (3) ipsius habuit contractum; ad instar actionis Institoriæ recte in solidum dominum convenit. *l.* 6. *Cod. de Inst. et exercit.*

Pariter ad instar actionis Institoriæ *quæ ex contractu Institoris datur adversus negotiatorem qui eum præposuit, datur adversus ipsum Institorem ex contractu ejus quem Institor subpræposuerat. Ita enim Paulus:*

Quod cum discipulis eorum qui officinis vel tabernis præsunt contractum est, in magistros vel institores tabernæ in solidum actio datur. Paul. sent. *lib.* 2. *tit.* 8. *§ fin.*

XXIV. *Est et alia* Utilis Institoriæ *actionis species, quæ datur ex delictis quæ circa negotium cui quis præpositus est amisit. Affert exemplum Ulpianus qui* Ait: Si libitinarius, quos Græce ΝΕΚΡΟΘΑΠΤΑΣ (id est, *mortuorum sepultores*) vocant, servum pollinctorem (4) habuerit, isque mortuum spoliaverit; dandam in eum quasi Institoriam actionem; quamvis et Furti et Injuriarum actio competeret. *l.* 5. § 8. Ulp. lib. 28. ad Ed.

(1) Sensus est: eum fidejubendo, non novaverit obligationem suam cujus nomine tenetur actione *Institoria*; sed huic obligationi aliam adjunxerit, scilicet fidejussoriam: quam vocat *acceptæ pecuniæ seu receptæ*, quia fidejussor recepit in se pecuniam solvere.

(2) Is non est *Institor*; nec enim præest quæstuariæ negotiationi.

(3) Servus proprie non est procurator domini sui: sed quum voluntate domini negotia ejus administrat, ex contractu hujus servi sicut ex contractu procuratoris, datur *Utilis Institoria.*

(4) *Pollinctor* est qui mortuum curat. Budæus.

TITULUS IV.

DE TRIBUTORIA ACTIONE.

Ad tractationem de actionibus quæ ex alieno contractu dantur, pertinent etiam illæ quæ ex contractibus eorum quos in potestate habemus, adversus nos competunt. Ex illis est* Tributoria *actio quæ hoc Titulo exponitur.*

I. *Nimirum cavetur Edicto Prætoris ut si quis sciente patre aut domino in merce peculiari negotiatus sit, teneatur pater aut dominus secum creditores in* Tributum (1) *vocare; daturque actio creditoribus adversus patrem aut dominum qui dolo non tribueret quantum oporteret cuique tribui.*

Hujus quoque Edicti non minima utilitas est: ut dominus qui alioqui in servi contractibus privilegium habet, quippe cum De peculio duntaxat teneatur (cujus peculii æstimatio, deducto quod domino debetur, fit); tamen si scicrit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc Edicto in Tributum vocetur. *l.* 1. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Differt a præcedenti, quod præcedens Edictum locum habet in dominica merce de qua servus aut quilibet alter a nobis præpositus negotiatur; hoc

(1) *A contribution.*

autem Edictum locum habet in peculiari merce. Unde ex his Edictis actiones concurrere non possunt.

Igitur Si Institoria recte actum est, Tributoria ipso Jure locum non habet: neque enim potest habere locum Tributoria in merce dominica. Quod si non fuit institor dominicæ mercis, Tributoria superest actio. *l.* 11. § 7. *ff. de Instit. act.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Circa hoc Edictum dispiciemus: 1.º Quando huic locus sit; 2.º Quæ ex hoc Edicto sint contribuenda; 3.º Qui ad contributionem vocentur; 4.º Quomodo contributio fiat, et de hujus effectu; 5.º Denique agemus de actione quæ ex hoc Edicto descendit.

ARTICULUS I.

Quando huic Edicto locus sit.

II. *Huic Edicto locus est quum hi qui in potestate nostra sunt, contrahunt circa aliquod mercimonii genus quod scientibus nobis, de peculio quod ad nos pertinet, exercent.*

POTESTATIS verbum ad omnem sexum, item ad omnes qui sunt alieno juri subjecti, porrigendum erit. *l.* 1. § 4. ULP. LIB. 29. AD ED.

Sed et si ancilla negotiabitur, admittendam Tributoriam dicimus. *l.* 5. § 2. ULPIAN. LIB. 29. AD ED.

Quinetiam latius hic accipitur POTESTATIS *verbum. Nam* Non solum ad servos pertinebit Tributoria actio, verum ad eos quoque qui nobis bona fide serviunt; sive liberi, sive servi alieni sunt, vel in quibus usumfructum habemus. *d. l.* 1. § 5.

Ut tamen merx qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat (1). *l.* 2. PAUL. LIB. 29. AD ED.

III. MERCIS NOMINE, merito adjicitur: ne omnis negotiatio cum eo facta Tributoriam inducat. *d. l.* 5. § 4.

Cæterum quodlibet mercimonii genus etiam abusive sumptum, huic Edicto locum dare potest.

Hinc Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones, vel sarcinatores, vel textores vel venaliciarios pertineat: tamen Pedius libro 15 scribit, Ad omnes negotiationes (2) porrigendum Edictum. *l.* 1. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

IV. *Oportet autem ut hoc mercimonium, scientibus nobis, exerceant.*

Scientiam hic eam accipimus, quæ habet et voluntatem. Sed (ut ego puto) non voluntatem, sed patientiam. Non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit, et non protestatur et contradicit; tenebitur actione Tributoria. *d. l.* 1. § 3.

Cum autem hæc scientia scientem obliget; sequitur 1.º Quod ejus demum qui obligari potest, scientia attendatur.

Si igitur ad pupillum aut furiosum peculium de quo servus negotiatur, pertineat; non hujus pupilli aut furiosi scientia, sed tutoris ejus et curatoris, faciet locum huic actioni: ut videb. infra N. 16.

Hinc 2.º Si vicarius servi mei negotietur; si quidem me sciente, Tributoria tenebor: si me ignorante; ordinario sciente, De peculio ejus (3) actionem dandam Pomponius libro 60 scripsit: nec ducendum (4) ex vicarii peculio; quod ordinario debetur; cum id quod mihi debetur, deducatur. *l.* 5. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

Sed si uterque scierimus, et Tributoriam et De peculio actionem competere ait: Tributoriam, vicarii nomine (5); De peculio vero, ordinarii (6). Eligere tamen debere agentem qua potius actione experiatur; sic tamen ut utrumque tribuatur, et quod mihi et quod servo debetur: cum, si servus ordinarius, ignorasset, deduceretur integrum quod ei a vicario deberetur. *d. l.* 5. § 2.

ARTICULUS II.

Quid ex hoc Edicto contribuendum sit.

V. *Merx peculiaris ex hoc Edicto contribui debet inter dominum et creditores peculiares.*

Peculiarem autem mercem, non sicuti peculium accipimus. Quippe peculium deducto quod domino debetur, accipitur: merx peculiaris, etiamsi nihil (7) sit in peculio, dominum Tributoria obligat; ita demum, si sciente eo negotiabitur. *l.* 1. § 2. ULP. LIB. 29. AD ED.

VI. Non autem totum peculium venit IN TRIBUTUM; sed id duntaxat quod ex ea merce est: sive merces maneant, sive pretium earum receptum conversumve est in peculium. *sup. d. l.* 5. § 11.

Igitur Item si mancipia in negotiatione habuit ex merce parata, etiam hæc tribuentur. *d. l.* 5. § 14.

Scilicet Per hanc actionem tribui jubetur quod

(1) Scilicet si ex re nostra sat ex operis suis ipsam comparaverunt: Institut. Tit. *Per quas pers.*

(2) Quæ tamen aliquo modo, quamvis minus exacte, dici possint *mercimonia.*

(3) Scilicet vicarii.

(4) Hoc casu hæc actio *De peculio* vicarii, propter scientiam ordinarii sortietur naturam *Tributoriæ* actionis; in eo ut non debeat deduci totum quod ordinario debetur [quod alioquin deducendum foret], sed ordinarius *in Tributum vocetur: et sic* hæc actio, est quodammodo *Tributoria.* Hujusce Juris ratio est quod, quum ex persona ordinarii deduco quod illi debetur; non debeo plus deducere, quam ipse deduceret si conditio ejus pateretur ut ipse posset conveniri.

(5) Qui me, ob meam scientiam, hac actione obligat.

(6) *Tributoria* non potest conveniri ordinarii nomine, quia *Tributoria* competit ejus servi nomine qui negotiatus est. Porro non negotiatus est ordinarius, sed vicarius. Quia vero ordinarius, si conditio ipsius pateretur, *Tributoria* ipse teneretur vicarii sui nomine; consequens visum est ut dominus ordinarii nomine, de peculio ordinarii in tantumdem teneretur, in quantum ordinarius [si cum eo actio esse posset] ipse teneretur *Tributoria.*

(7) Ratione ejus quod domino debetur.

ex ea merce et quod eo nomine receptum est. *d. l.* 5. § 5.

Sed etsi adhuc debeatur nomine mercis a quibusdam, quibus solebat servus distrahere; hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum. *d. l.* 5. § 12.

Si propter mercem servus iste in taberna habeat instrumentum; an hoc quoque tribuatur? Et Labeo ait: Et hoc tribuit. Et hoc est æquissimum: plerumque enim hic apparatus ex merce est; imo semper. Cætera tamen quæ extra hæc in peculium habuit, non tribuentur; ut puta, argentum habuit vel aurum, nisi si hæc ex merce comparavit. *d. l.* 5. § 13.

ARTICULUS III.

Qui ad hanc contributionem veniant.

VII. In Tributum antem vocantur qui in potestate habent, cum creditoribus mercis. *d. l.* 5. § 6.

Sed est quæsitum; Utrum dominus ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero et si ex alia causa? Et Labeo ait, Ex quacumque causa ei debeatur: parvique referre ante mercem ao postea ei debere quid servus cœperit. Sufficere enim quod privilegium deductionis perdidit. *d. l.* 5. § 7. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Sive autem domino, sive his qui in potestate ejus sunt, debeatur; utique erit tribuendum. *d. l.* 5. § 9.

Sed etsi duo pluresve domini sint; utique omnibus tribuetur pro rata debiti sui. *d. l.* 5. § 10.

VIII. *Cum domino* in Tributum *vocantur, qui ex causa hujus mercimonii creditores sunt.*

Quid ergo? Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis: an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in Tributum vocandi? ut puta; duas negotiationes exercebat (puta) sagariam et lintneariam; et separatos habuit creditores. Puto separatim eos in Tributum vocari: unusquisque enim eorum, merci magis quam ipsi credidit. *d. l.* 5. § 15.

Sed si duas tabernas ejusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernæ V. G. quam ad Bucinum (1) habuit, ratiocinator; alius, ejus quam trans Tiberim: æquissimum puto, separatim Tributionem faciendam: ne ex alterius re merceve, alii indemnes fiant, alii damnum sentiant. *d. l.* 5. § 16.

IX. Plane si in eadem taberna merces continebantur (2); licet hæ quæ extant, ex unius creditoris pecunia sint comparatæ; dicendum erit omnes in Tributum venire. *d. l.* 5. § 17.

Excipe: Nisi fuerint creditori pignoratæ. *d.* § 17.

Unde generaliter: Quid tamen si qui contrahebant, ipsam mercem pignori acceperint? Puto debere dici præferendos domino, jure pignoris. *d. l.* 5. § 8.

Sed si dedi mercem meam vendendam, et extat, videamus ne iniquum sit in Tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abii, Tributio locum habebit: enimvero si non abii; quia res venditæ non alias desinunt esse meæ (quamvis vendidero) nisi ære soluto, vel fidejussore dato vel alias satisfacto; dicendum erit vindicare me posse. *d. l.* 5. § 18.

X. *Superest observandum quod:* Item parvi refert cum ipso servo contrahatur, an cum institore ejus. *d. l.* 5. § 3.

ARTICULUS IV.

Quomodo hæc contributio fiat, et de contributionis effectu.

XI. Tributio autem fit pro rata ejus quod cuique debeatur.

Et ideo si unus creditor veniat desiderans tribui integram portionem, consequitur.

Sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint mercis peculiaris creditores; cavere debet creditor iste, pro rata se refusurum si forte alii emerserint creditores. *d. l.* 5. § *fin.*

Non enim hæc actio, sicut De peculio, occupantis meliorem causam facit; sed æqualem conditionem quandoque agentium. *l.* 6. Paul. lib. 30. ad Ed.

Illud quoque cavere debet; Si quid aliud domini debitum emerserit, refusurum se ei pro rata. Finge enim conditionale debitum imminere, vel in octo esse: hoc quoque admittendum est. Nam injuriam dominus pati non debet, licet in Tributum vocatur. *l.* 7. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XII. *Hujus contributionis effectus quoad dominum est quod, si dominus pluris erat creditor quam quod ex contributione ferre debuit, reliqui creditor maneat; illudque alteri creditori postea* De peculio *adversus eum agenti deducere possit.*

Hoc liquet ex specie sequenti quam ita refert Julianus. Alius duntaxat De peculio, alius Tributoria servi nomine cum domino agit. Quæsitum est, an deducere dominus De peculio debeat quod Tributoria agenti præstaturus sit? Respondit: Tributoria actione tunc demum agi potest quum dominus in distribuendo pretio mercis, Edicto Prætoris non satisfecit; id est, quum majorem partem debiti sui deduxit quam creditoribus tribuit: veluti si quum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta; tota quindecim eduxerit et creditoribus reliqua quindecim dederit; quum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere. Cum igitur

(1) Haloander rectius legit *Buccinum*. Nam Publius Victor in 4 * Urbis regione Buccinum aureum, seu Buccinum aureum collocat.

(2) Adeoque servus unicam negotiationem exercuerit.

hoc fecerit; nec intelligendus est servum a se liberasse, eo quod quinque adhuc nomine ejus Tributoria actione præstaturus sit. Quare si agi De peculio cœperit, quum forte extra mercem peculium esset; quinque, tanqoam adhuc creditor servi, deducere debebit. *l.* 12. JULIAN. LIB. 12. DIGEST.

XIII. *Contributionis effectus, quod ad creditores attinet, talis est; ut quamvis nunc quod sibi debebatur non tulerint, tamen ex eadem causa* De peculio *agere non possint.*

Hinc Eligere quis debet qua actione experiatur; utrum De peculio, an Tributoria; cum sciat sibi regressum ad aliam non futurum. *l.* 9. § 1. ULP. LIB. 19. AD ED.

Obiter nota: Plane si quis velit ex alia causa, Tributoria agere; ex alia causa, De peculio; audiendus erit. *d.* § 1.

Hinc Aliquando etiam agentibus expedit potius De peculio agere, quam Tributoria. Nam in hac actione de qua lóquimur, hoc solum in divisionem venit quod in mercibus est quibus negotiatur, quodque eo nomine receptum est: at in actione De peculio, totius peculii quantitas spectatur; in quo et merces contineantur. Et fieri potest ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur; fieri præterea potest ut patri dominove nihil debeatur. *l.* 11. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

XIV. *Circa contributionem quæ hoc Edicto præcipitur, unum superest observandum.* Quid tamen si dominus tribuere nolit, nec hanc molestiam suscipere; sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert, audiendum eum: quæ sententia habet æquitatem. Et plerumque arbitrum in hanc rem Prætor debebit dare, cujus interventu tribuantur merces peculiares. *l.* 7. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

ARTICULUS V.

De actione Tributoria *quæ ex hoc Edicto descendit.*

§ 1. *Quod factum huic actioni locum det.*

XV. Si cujus dolo malo factum est quominus ita tribueretur, in eum Tributoria (1) datur; ut quanto minus tributum sit quam debuerit, præstet: quæ actio dolum malum coercet domini. *d. l.* 7. § 2.

XVI. Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur; dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere: et ideo hactenus eum ex dolo tutoris Tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit. Idem et in furioso puto: quamvis Pomponius libro 8 Epistolarum, si solvendo (2) tutor sit, ex dolo ejus pupillum teneri scripserit. Et sane (3) hactenus tenebitur, ut actionem quam contra tutorem habeat, præstet. *l.* 3. § 1. ULPIAN. LIB. 29. AD ED.

Sed et si ipsius pupilli dolo factum sit; si ejus ætatis sit ut doli capax sit, efficere ut teneatur: quamvis scientia ejus non sufficiat ad negotiationem (4). Quid ergo est? Scientia quidem tutoris et curatoris debet facere locum huic actioni. Dolus autem quatenus noceat, ostendi. *d. l.* 3. § 2.

Multo magis Si pupillus cujus tutor scierit pubes factus vel furiosus sanæ mentis, dolum admittat; teneantur ex hoc Edicto. *l.* 4. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus. *l.* 5. ULP. LIB. 29. AD ED CT.

XVII. *Vidimus cujus dolus hac actione coerceatur. Hic autem dolus coercetur quo quis minus quam oportebat tribuit.*

Minus autem tribuere videtur, etiamsi nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce servum habere, minus tribuit; non videtur dolo minus tribuisse. Sed re comperta si non tribuit, dolo nunc non caret. Proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse. *d. l.* 7. § 2. ¶ *minus autem.*

Sed et si mercem perire passus est, aut eam avertit, aut vilioris data opera distraxit, vel si ab emptoribus pretium non exegerit; dicendum erit teneri eum Tributoria, si dolus intervenit. *d. l.* 7. § 3.

Sed et si negaverit dominus cuidam deberi, videndum erit an Tributoriæ locus sit? Et est verior Labeonis sententia, Tributoriam locum habere (5): alioqoin expediet domino negare. *d. l.* 7. § 4.

(1) *Tributoria* actio non ad hoc datur ut dominus peculiares merces in medium afferre et dividere teneatur; sed ea de re Prætor a creditoribus adiitus extra ordinem decernit: si autem in hac divisione dolo quid fecit, nascitur hæc *Tributoria* actio. Vid. Theoph. Instit. ad Tit. *Quod cum eo qui in alien. potest.*

(2) Cujacius Observ. II. 5. censet legendum *solvendo non sit*, arg. l. fin. ff. *de Administr. tutor.* unde hæc desumpta videtur. Ego crederem lectionem retinendam: Sensus est; quin etiam eo casu quo nihil ad pupillum pervenisset, Pomponius putat pupillum teneri *Tributoria* ex dolo tutoris, quum tutor solvendo est: quia hoc casu ita succurritur creditori ut pupillus non lædatur; qui quod præstiterit, consequetur a tutore.

(3) Sententiam Pomponii ita temperat Ulpianus.

(4) Fingendum ergo est, ut huic actioni locus sit, servum pupilli negotiatum sciente tutore; pupillum autem dolo quid fecisse quo minus tribueretur.

(5) Quum creditor ante Prætorem extra ordinem peteret, ut sibi pro rata sui crediti distribueretur merx peculiaris; dominus dolo malo negavit huic creditorem: *Tributoria* actio ex hoc dolo nascitur. Nec enim solum quum iniqua dominus distribuit, hac actione tenetur; sed etiam quum quoquomodo facit, ne creditor e asequatur quod ex mercis peculiaris faciendæ distributione ad ipsum pertinere debet.

XVIII. Sed si servus communis sit, et ambo sciant domini; in utrumlibet (1) ex illis dabitur actio. At si alter scivit, alter ignoraverit; in eum qui scivit, dabitur actio: deducetur tamen solidum quod ei qui ignoravit debetur. Quod si ipsum quis ignorantem convenerit; quoniam De peculio convenitur, deducetur etiam id quod scienti debetur: et quidem in solidum; nam et si ipse De peculio conventus esset, solidum quod ei debetur, deduceretur. Et ita Julianus libro 12 Digestorum scripsit. *l.* 3. Ulp. lib. 29. ad Ed.

§ 2. *An, et in quos successores hæc actio detur.*

XIX. Hæc actio et perpetuo, et in heredem datur de eo duntaxat quod ad eum pervenit. *sup. d. l.* 7. *§ fin.*

Quia (2) non De dolo est, sed rei persecutionem continet. Quare etiam mortuo servo dominus, item heres ejus perpetuo teneri debebit propter factum defuncti: quamvis non aliter quam dolo interveniente competat. *l.* 8. Julian. lib. 11. digest.

Quod in herede dicimus, idem erit et in cæteris successoribus. *l.* 9. Ulpian. lib. 29. ad Edict.

XX. *Quod diximus heredem hac actione teneri intra id duntaxat quod ad eum pervenit, sic accipe; quum ex dolo defuncti convenitur. Quod si ipse heres dolo quid fecerit quo minus tribueretur, tenetur; quamvis ad eum nihil pervenerit.*

Hoc docet Ulpianus in specie sequenti. Si servo testamento manumisso peculium legatum sit, non debere heredem Tributoria teneri, quasi neque ad eum pervenerit neque dolo fecerit, Labeo ait. Sed Pomponius libro 60 scripsit, Heredem nisi curaverit caveri sibi a servo vel deduxerit a peculio quod tribuendum erat, teneri Tributoria: quæ sententia non est sine ratione. Ipse enim auctor doli est, qui id egit ne intribueret. Toties enim in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quoties ex dolo defuncti convenitur; non quoties ex suo. *l.* 9. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XXI. *In successores autem singulares non datur actio* Tributoria.

Unde Paulus: De peculio actione etiam cum emptore servi agi potest (3); Tributoria non potest. *l.* 10. Paul. lib. 30. ad Ed.

(1) Qui dolo fecerit ut non tribuatur vel minus tribuatur.

(2) Ideo autem perpetuo datur, *quia, etc.*

(3) Vid. Tit. *de Peculio.* infra lib. seq.

TITULUS V.

QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICETUR.

I. Pergunt *Pandectarum ordinatores agere de actionibus quæ ex contractibus eorum qui alieno juri subjecti sunt, descendunt.*

Omnia Proconsul agit, ut qui contraxit cum eo qui in aliena potestate sit, etiamsi deficiant superiores actiones (id est, Exercitoria, Institoria, Tributoriave) nihilominus tamen in quantum ex bono et æquo res patitur, suum consequatur. Sive enim jussu ejus cujus in potestate sit, negotium gestum fuerit; in solidum eo nomine judicium pollicetur: sive non jussu, sed tamen in rem ejus versum fuerit, eatenus introducit actionem quatenus in rem ejus versum fuerit: sive neutrum eorum sit, De peculio actionem constituit. *l.* 1. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Mirabitur fortasse aliquis quomodo pro eo quod servus debet, actio dari possit?

Nam Nec servus (1) quidquam debere potest, nec servo potest deberi. Sed quum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad Jus Civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis, dominus recte petet: quod servus ipse debet, eo nomine in peculium; et, si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur. *l.* 41. *ff. de Pecul.* Ulpian. lib. 14. ad Sabin.

De his actionibus De peculio *et* De in rem verso *et* Quod jussu *quæ adversus patrem aut dominum ex contractu filiorumfamilias aut servorum dantur, Pandectarum ordinatores remittunt agere libro sequenti.*

Hic autem potissimum agunt de actione quæ adversus ipsum filiumfamilias ex ipsius contractu datur.

§ 1. *Ex quibus contractibus filiifamilias, in ipsum detur actio.*

II. *Hoc interest inter filiumfamilias et servum, quod ex contractu servi in ipsum servum nulla actio datur, nec post ejus manumissionem. At* Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debi-

(1) Cum in Jure pro nullo habeatur; ut fert Regula Juris.

tores; filium in solidum, et patrem duntaxat De peculio. *l.* 44. *ff. de Peculio.* ULP. LIB. 63. AD ED.

Ideoque si pater filio peculium ademisset, nihilominus creditores eum filio agere possunt. *l.* 45. *d. tit.* PAUL. LIB. 61. AD ED.

Scilicet quum filius ipse contraxit. Nam si nudum ministerium patri contrahenti exhibuit filius, nulla actione tenetur.

Hinc Antoninus : Si ex contractu patris jussu ejus mutuam pecuniam accepisti, teque ejus hereditate abstines; frustra vereris ne a creditoribus ejus conveniaris. *l.* 4. *Cod. h. t.*

III. *Sed et ex quibusdam suis contractibus conveniri non possunt filiifamilias : videlicet ex contractu* Mutui; *de qua re Titulo sequenti agemus.*

Non potest etiam filiafamilias ex causa intercessionis conveniri : sed non quia filiafamilias, sed quia mulier : ut videb. tit. Ad Senatusconsultum Velleianum, *infra lib.* 16.

Cæterum Nulla res prohibet filiosfamilias, si pro aliis majores viginti quinque annis fidejusserint, actione competenti adversus eos teneri. *l.* 5. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

§ 2. *De beneficio quo filiusfamilias non tenetur ultra id quod facere potest.*

IV. *Filiifamilias possunt quidem ex suis contractibus, exceptis causis quas diximus, conveniri. Verum Prætor his subvenit Edicto cujus verba hæc sunt.*

Ait Prætor : « IN EUM qui emancipatus aut » exheredatus erit, quive abstinuerit se hereditate » ejus cujus in potestate quum is moritur fuerit, » ejus rei nomine quæ cum eo contracta erit quum » is in potestate esset; sive sua voluntate, sive » jussu ejus in cujus potestate erit, contraxerit; » sive in peculium ipsius, sive in patrimonium » ejus cujus in potestate fuerit, ea res redacta fuerit : actionem causa cognita dabo in id quod » facere potest ». *l.* 2. ULP. LIB. 29. AD ED.

Hoc Edictum Rescriptis Imperatorum confirmatum est. Ita enim Severus et Antoninus : Ejus rei nomine de qua cum filiofamilias contractum est, sive sua voluntate, sive ejus in cujus potestate fuit, sive in peculium ipsius, sive in rem patris ea pecunia redacta est; si paterna hereditate abstinuit, actionem nisi in id quod facere possit non dari Perpetui Edicti interpretatione declaratum est. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Pariter ita rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si ex alio contractu, non ex illicita Mutui (1) datione, debitor extitisti; vel quod patrem tuum in fidem suscepisti; tam in patris potestate positus teneris Jure, quam etiam morte genitoris tui juris effectus. Et si quidem patri heres extitisti, in solidum; alioquin in quantum facere potes, secundum Edicti formam. Sed etsi per emancipationem tui juris effectus es; similiter conveniri te posse debes intelligere. *l.* 9. *Cod. h. t.*

§ 3. *Quibus casibus locum habeat beneficium.*

V. *Hoc Edicto et his Constitutionibus prospicitur filiofamilias emancipato aut exheredato. Exheredem autem non ex Juris subtilitate, sed ex effectu intelligimus.*

Hinc Si filio exheredato, ex Senatusconsulto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debebit in quantum facere potest, sed in solidum condemnari : quia effectu quodam modo heres est. *l.* 5. § 1. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Contra : Sed si coactus immiscuerit se ut restituat hereditatem; perinde observandum, ac si se abstinuisset. *d. l.* 5. § 2.

VI. *Item quamvis Edictum solos casus emancipationis, exheredationis et abstentionis complectatur; tamen* Sed et si citra emancipationem (2) sui juris factus sit, vel in adoptionem datus; deinde pater naturalis decesserit; item si quis ex minima parte sit institutus : æquissimum est, causa cognita, etiam in hunc dari actionem, in id quod facere potest. *l.* 2. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

Notandum tamen eo casu quo institutus est, quod ait Ulpianus : Sed si ex parte [non (3)] modica sit heres scriptus filius; in arbitrio est creditoris, utrum pro portione hereditaria (4), an in solidum (5) cum conveniat. Sed hic judex æstimare (6) debet, ne forte in id quod facere potest debeat conveniri. *l.* 4. IBID.

Item Scævola : Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere, et per epistolam creditori mandavit ut ei crederet. Filius ex minima parte patri heres extitit. Respondi, Esse in potestate creditoris utrum filium cui credidisset, in solidum; an heredes pro qua parte quisque successisset, mallet convenire. Sed filius condemnatur in quantum facere potest (7). *l.* 7. LIB. 1. RESPONS.

§ 4. *Ad quas causas et personas et quatenus beneficium porrigatur.*

VII. *Regulariter ex quocumque contractu aut quasi contractu, hoc privilegio gaudere filiusfamilias debet.*

Sed et Si filiusfamilias vivo patre conventus et

(1) Vid. Tit. seq.

(2) Puta, factus sit flamen Dialis.

(3) Delenda negatio.

(4) *Annali actione de Peculio;* de qua in libro seq. Tit. 1. N. 36.

(5) Proprio nomine.

(6) Scilicet ut, si adeo modica sit portio ex qua scriptus est, effectu exheres videatur; adeoque duntaxat, quatenus facere potest, condemnetur.

(7) Minima enim portio ex qua scriptus est, non attenditur.

condemnatus sit; in emancipatum vel exheredatum postea, Judicâti actio in id quod facere potest danda est. *l.* 5. Paul. lib. 3o. ad Ed.

Quanquam autem ex coutractu in id quod facere potest actio in eum datur; tamen ex delictis in solidum convenietur. *l.* 4. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Sed et quum ex contractu convenitur; Interdum etsi exheredatus filius vel emancipatus sit, in solidum actio adversus eum dabitur: ut puta, si patremfamilias se mentitus est, quum contraheretur eum eo. Nam libro 2 Digestorum Marcellus scripsit, Etiamsi facere non possit, conveniendum propter mendacium. *d. l.* 4. § 1.

Et rursus: Eum qui se patremfamilias simulavit, et mandante aliquo stipulatus est, Mandati teneri Marcellus scripsit, quamvis rem præstare non possit. Et sane verum est teneri eum debere, quia dolo fecit. Hoc et in omnibus bonæ fidei judiciis dicendum erit. *l.* 6. Ulp. lib. 2. disput.

VIII. *Ex quibuscumque autem causis conveniatur, hoc beneficium nonnisi cum causæ cognitione ei datur.*

Sed an etiam temporis haberi debeat ratio; ut, si quidem ex continenti cum filio agatur, detur actio in id quod facere potest; sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? Et mihi videtur rationem habendam esse. In hoc enim causæ cognitio vertitur. *sup. d. l.* 4. § 4.

IX. Soli autem filio succurritur, non etiam heredi ejus. Nam et Papinianus libro 9 Quæstionum scribit, In heredem filii in solidum dandam actionem. *d. l.* 4. § 3.

X. *Superest ut unum quæramus circa hujus beneficii, quando huic locus est, effectum.* Sed an hic detrahi debeat quod alis debetur, tractari potest? Et si quidem sint creditores qui, quum esset alienæ potestatis, eum eo contraxerunt, recte dicetur occupantis meliorem esse conditionem: nisi si quis privilegiarius veniat. Hujus enim non sine ratione prioris ratio habebitur. Quod si qui sint qui, posteaquam sui juris factus est, eum eo contraxerunt; puto horum rationem habendam. *l.* 3. Ulp. lib. 3. disputat.

TITULUS VI.

DE SENATUSCONSULTO MACEDONIANO.

I. Superiore *Titulo docuerunt Pandectarum ordinatores, ex contractibus filiifamilias tam patrem quam ipsum conveniri. In hoc Titulo proponitur exceptio quam huic regulæ attulit* Senatusconsultum Macedonianum.

Verba Senatusconsulti Macedoniani hæc sunt: « Cum inter cæteras sceleris causas Macedo (1) » quas illi natura administrabat, etiam æs alienum » adhibuisset; et sæpe materiam peccandi malis » moribus præstaret, qui pecuniam (ne (2) quid » amplius diceretur) incertis (3) nominibus cre» deret: Placere ne cui, qui filiofamilias mutuam » pecuniam dedisset; etiam post mortem parentis » ejus cujus in potestate fuisset, actio petitioque » daretur; ut scirent qui pessimo exemplo fene» rarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen » expectata patris morte fieri ». *l.* 1. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Circa hoc Senatusconsultum hæc quæruntur: 1.° *Quodnam contractus genus cum filiisfamilias interdicatur, et quas exceptiones patiatur Senatusconsulti prohibitio*; 2.° *Cum quibus filiisfamilias interdicatur*; 3.° *Quomodo ex hoc Senatusconsulto coerceantur qui filiisfamilias pecuniam mutuam dederunt*; 4.° *Cui et adversus quem exceptio quæ ex hoc Senatusconsulto descendit, competat.*

ARTICULUS I.

Quodnam genus contractus cum filiisfamilias interdicatur, et quas exceptiones patiatur Senatusconsulti prohibitio.

§ 1. *Quando locus sit Senatusconsulto.*

II. Is autem solus Senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit; non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit. Nam pecuniæ datio perniciosa parentibus eorum visa est. Et ideo etsi in creditum abii filiofamilias, vel ex causa emptionis vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, et si

(1) Ita nominabatur fenerator improbus qui huic Senatusconsulto occasionem dedit. Non liquet tempus quo factum est. Tacit. Annal. XI. 13. illud ascribit Claudio: Suetonius, Vespasiano; in ejus vita N. 11. Probabile est sub Claudio factum; et, cum in desuetudinem abiisset, sub Vespasiano renovatum.

(2) Id est, hoc satis est dici, ut ejus improbitas cognoscatur.

(3) *Incerta nomina* hic appellat, nomina filiorumfamilias quibus mutua pecunia credebatur sub occulto et illicito enormique fenore: quæ nomina dicuntur *incerta*, quia cum possent mori antequam sui juris fierent et quid proprium haberent, sors non videbatur esse in tuto.

stipulatus sim; licet cœperit esse mutua pecunia (1), tamen quia pecuniæ numeratio non concurrit, cessat Senatusconsultum.

Quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata; ut, cui credere non potuit, magis ei venderet : ut illo rei pretium haberet in mutui vicem. *l.* 3. § 3. Ulp. lib. 29. ad Edict.

Extra hunc casum Si filiusfamilias aliquid mercatus pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat; non esse locum Senatusconsulto quo fenerare filiisfamilias est prohibitum, nemini dubium est. Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est. *l.* 3. *Cod. h. t.* Sever. et Antonin.

Pariter Si quod alii mutuum dedimus, a filiofamilias novandi causa stipulemur; non esse impedimento Senatusconsultum, Julianus scribit. *l.* 13. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Item si filiusfamilias fidejusserit; Neratius libro 1 et 2 Responsorum, cessare Senatusconsultum ait. Idem, Celsus libro 4. Sed Julianus adjicit : Si color quæsitus sit ut filiusfamilias qui mutuam pecuniam accepturus erat, fidejuberet, alio reo dato; fraudem Senatusconsulto factam nocere; et dandam exceptionem tam filiofamilias quam reo, quoniam et fidejussori filii subveuitur (2). *l.* 7. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Idem ait : Si duos reos accepero, filiumfamilias et Titium, quum ad filiumfamilias esset perventura pecunia; ideo autem reum Titium acceperim : ne quasi fidejussor auxilio Senatusconsulti uteretur, utilem esse exceptionem adversus fraudem, dandam. *d. l.* 7. § 1.

III. Mutui dationem non solum numeratæ pecuniæ; verum omnium quæ mutua dari possunt, ao accipere debeamus videndum est? Sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri. Ait enim Senatus : Mutuam pecuniam dedisset. Sed si fraus sit Senatusconsulto adhibita; puta, frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus, uteretur pecunia; subveniendum est filiofamilias. *d. l.* 7. § 3.

IV. *Pecunia autem* Sive sub usuris mutua data sit, sive sine usuris, ad Senatusconsultum spectat. *d. l.* 7. § 9.

§ 2. *Quando cesset Senatusconsultum.*

Quasdam exceptiones patitur Senatusconsulti prohibitio.

Prima exceptio.

V. *Prima est; ut non prohibeatur mutuum filiofamilias datum, si consensus patris accesserit.*

Hoc rescribunt Severus et Antoninus : Si permittente patre, filiusfamilias pecuniam mutuam dedisti; Senatusconsulti potestas non intervenit. Et ideo persecutio pignoris quod in bonis patris fuit, non denegabitur; præsertim cum et eidem filius heres extiterit : modo si nullus alius jure conventionis, vel ratione temporis et ordinis potior appareuerit. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Sed et si jusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem; locus Senatusconsulto non erit : quoniam initium contractus spectandum est. *l.* 12. § *sed et si.* Paul. lib. 30. ad Ed.

Consensisse autem videtur pater hoc ipso quod, quum sciret, non prohibuerit.

Unde Paulus : Si tamen sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare Senatusconsultum. *d. l.* 12.

VI. *Sed et si pater quâ ignoravit, postea ratum habuerit; stabit contractus; et quidem vel tacite ratum haberi sufficit.*

Unde Paulus : Si filiusfamilias absente patre, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavisset; et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret; debet pater, si actum filii sui improbat, continuo contestationem interponere contrariæ voluntatis (3). *l.* 16. lib. 4. respons.

Hinc etiam Hoc amplius : cessabit Senatusconsultum si pater solvere cœperit quod filiusfamilias mutuum sumpserit; quasi ratum habuerit. *l.* 7. § 15. Ulpian. lib. 29. ad Ed.

Quod diximus, mutuum filiofamilias datum ratihabitione patris firmari; Justinianus, cum ea de re inter Veteres fuisset dissidium, Constitutione sua confirmavit. l. 6o. Cod. h. t.

VII. *Observandum quod, si filiusfamilias non in patris, sed in avi aut proavi potestate sit; non patris, sed ejus in cujus potestate est, desideretur consensus.*

Ita Julianus : Filium habeo, et ex eo nepotem. Nepoti meo creditum est jussu patris ejus. Quæsitum est, an contra Senatusconsultum fieret? Dixi, Etiamsi verbis Senatusconsulti Filii continerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere : jussum autem hujus patris non efficere quominus contra Senatusconsultum creditum existimaretur, cum ipse in ea causa esset ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non posset. *l.* 14. lib. 12. digest.

Secunda exceptio.

VIII. *Secundam exceptionem patitur Senatusconsultum in eo quod filiusfamilias non sibi ipsi mutuatus est, sed in rem patris.*

Proinde si acceperit pecuniam, et in rem patris

(1) Quum convenit ut pecuniam quam ex alia causa [puta, ex causa mandati] filiusfamilias debebat, mutuam habeat; mutua incipit esse pecunia : l. 15. ff. *de Reb. cred.* Tamen Senatusconsulto locus non est; quia realis numeratio pecuniæ non intervenit.

(2) Ut mox videb. Art. 4. Porro hic reus si effectum spectemus, non aliud est quam intercessor, quam fidejussor; cum ad filiumfamilias perventura sit pecunia.

(3) Alioquin videtur tacite ratum habere.

vertit; cessat Senatusconsultum: patri enim, non sibi accipit.

Sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit; cessare Senatusconsultum libro 12 Digestorum Julianus ait: intelligendumque esse, ab initio sic accepisse ut in rem patris verteret. *d. l.* 7. § 12. ULPIAN. LIB. 29. AD ED.

In rem patris autem vertisse filius videtur, quum ex ea pecunia patrem sibi naturaliter reddit debitorem; ut videb. Tit. de In rem verso *infra lib.* 15.

Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit; et ideo si pater ignoravit (1), adhuc Senatusconsulto locus erit. *d. l.* 7. § 12.

Non videtur etiam in rem patris versum, nec ideo cessat Macedonianum, quod ex pecunia mutuo data locupletius fit peculium.

Hinc Ulpianus: Hoc Senatusconsultum et ad filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si affirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse. Nam et ei quoque qui filiofamilias credidit, decreto Amplissimi Ordinis actio denegatur, nec interest consumpti sint nummi, an extent in peculio. Multo igitur magis, severitate Senatusconsulti, ejus contractus improbabitur qui filiæfamilias mutuum dedit. *l.* 9. § 2. ULP. LIB. 29. AD ED.

Tertia exceptio.

IX. *Est et tertia exceptio Senatusconsulti, quum filius in necessariam causam mutuam accepit pecuniam.*

Hinc Si filiosfamilias acceperit mutuam pecuniam ut eum liberaret qui, si peteret, exceptione non summoveretur; Senatusconsulti cessabit exceptio. *d. l.* 7. § 14.

Non dissimili ratione Macedoniani Senatusconsulti auctoritas petitionem ejus pecuniæ non impedit, quæ filiofamilias studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus quos patris pietas non recusaret, credita est. *l.* 5. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

Quod dicitur, in eo qui studiorum causa absens mutuum acceperat cessare Senatusconsultum, ita locum habet si probabilem modum in mutua pecunia non excessit; certe eam quantitatem quam pater solebat subministrare. *sup. d. l.* 7. § 13.

Quarta exceptio.

X. *Quartam causam refert Ulpianus ex qua cessat Senatusconsultum.*

Nimirum Si quis patremfamilias esse crediderit, non vana simplicitate deceptus, nec Juris ignorantia; sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur; cessabit Senatusconsultum. *l.* 3. ULP. LIB. 29. AD ED.

Unde Julianus libro 12 Digestorum in eo qui vectigalia conducta habebat, scribit (et est sæpe constitutum), cessare Senatusconsultum. *d. l.* 3. § 1.

Et generaliter Julianus scribit, Exceptionem Senatusconsulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filiomfamilias esse eum cui credebat. *l.* 19. POMP. LIB. 7. EX VARIIS LECTIONIBU.

Proinde et in eo qui scire non potuit an filiusfamilias sit, Julianus libro 12 cessare Senatusconsultum ait: ut puta, in pupillo (2) vel minore vigiuti quinque annis.

Sed in Minore (3), causa cognita et a Prætore succurrendum. *sup. d. l.* 3. § 2.

Obiter nota: In pupillo autem etiam alia ratione debuit dicere cessare Senatusconsultum; quod mutua pecunia non sit quam sine tutoris auctoritate pupillus dat: quemadmodum ipse Julianus libro 12 Digestorum dicit, si filiusfamilias crediderit, cessare Senatusconsultum; quod mutua pecunia non sit, quamvis liberam peculii administrationem habuit. Non enim perdere ei peculium pater concedit, quum peculii administrationem permittit. Et ideo vindicationem nummorum patri superesse ait. *d.* § 2.

His quæ diximus consonat quod rescribit Pertinax: Si filiusfamilias quum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret; ejusque affirmationi credidisse, te justa ratione edocere potes; exceptio ei denegabitur. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Item si duos filiosfamilias accepero reos, sed alterum putavi patremfamilias; intererit, ad quem pecunia perveuit; ut, si eum scivi filiumfamilias ad quem pervenit pecunia, exceptione summovear: si autem ad eum quem ignorem, non summovear. *sup. d. l.* 7. § 8.

ARTICULUS II.

Quos filiosfamilias spectet Senatusconsultum Macedonianum.

XI. *Omnes filiosfamilias complectitur Senatusconsultum, cujuscumque sexus aut gradus. Et quidem ad filias familiarum pertinere supra vid. N.* 8.

Quoad gradum autem sic rescribit Philippus: Quod Senatusconsulti auxilium, licet FILIIFAMILIAS meminerit, et ad nepotes et pronepotes porrigitur. *l.* 6. § 1. *Cod. h. t.*

Item In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus Senatusconsultum Macedonianum locum habeat. Nam etiamsi Consul sit, vel cujusvis dignitatis; Senatusconsulto locus est.

Nisi forte castrense peculium habeat: tum enim Senatusconsultum cessabit (*l.* 1. § *fin.* ULP. LIB. 29.

(1) Nam si scivit, consensisse videtur; adeoque cessat Senatusconsultum, ut vid. supra N. 5.

(2) Mutuo dante.

(3) Vulg. *sed Minori.*

AD ED.), usque ad quantitatem castrensis peculii; cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur. *l.* 2. ULP. LIB. 64. AD ED.

Ex Constitutione Justiniani, filiifamilias milites pecuniam mutuam recte accipiunt; nec quæritur ob quam et in quam causam impenderint. l. fin. Cod. h. t.

XII. Si pendeat an sit in potestate filius (ut puta, quoniam patrem apud hostes habet): in pendenti est an in Senatusconsultum sit commissum. Nam si reciderit in potestatem, Senatusconsulto locus est; si minus, cessat: interim igitur deneganda est actio. *sup. d. l.* 1. § 1.

Nec ideo danda est, quod forte eveniet ut retro videatur paterfamilias fuisse qui pecuniam accepit. Nam Quod pendet, non est pro eo quasi sit. *l.* 169. § 1. *de reg. Jur.* PAUL. LIB. 2. AD PLAUT.

Certe si adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde sit restitutus ut emanciparetur; Senatusconsultum locum habebit: fuit enim filiusfamilias. *sup. d. l.* 1. § 2.

XIII. *Observandum est, tempore numerationis inspici an quis fuerit filiusfamilias necne.*

Hinc Si a filiofamilias stipulatus sim, et patrifamilias facto crediderim: sive capite diminutus sit, sive morte patris vel alias sui juris sine capitis diminutione fuerit effectus; debet dici cessare Senatusconsultum: quia mutua pecunia jam patrifamilias data est. *l.* 3. § *fin.* ULP. LIB. 29. AD ED.

Quia quod vulgo dicitur, FILIOFAMILIAS CREDI NON LICERE, non ad verba referendum est, sed ad numerationem. *l.* 4. SCÆVOLA LIB. 2. QUÆST.

Ergo hic et in solidum damnabitur; non in id quod facere potest (1). *l.* 5. PAUL. LIB. 3. QUÆST.

Contra etiam recte dicitur; Si a patrefamilias stipulatus sis, credas postea filiofamilias facto; Senatusconsulti potestatem exercendam: quia expleta est numeratione substantia obligationis. *l.* 6. SCÆVOLA LIB. 2. QUÆST.

ARTICULUS III.

Quomodo ex Senatusconsulto Macedoniano coerceantur qui filiisfamilias mutuam pecuniam dant.

XIV. *Eos qui filiisfamilias mutuam pecuniam dant, Senatusconsultum Macedonianum coercet, denegando eis actiones tam adversus patrem, quam filium, aut fidejussores filiifamilias, etiam post mortem patris; ut et ex verbis Senatusconsulti supra relatis intelleximus.*

Quod autem ait Senatus denegari actionem ETIAM POST MORTEM PARENTIS, *sic accipe ut denegetur, quacumque alia ratione filius e potestate patris exierit.*

Hinc Sed etsi patri ejus non mors, sed alia causa inciderit quominus sit in civitate; dicendum est Senatusconsulto locum esse. *l.* 7. § 5. ULP. LIB. 29. AD ED.

XV. *An etiam dabitur repetitio ejus quod ex hac causa filiusfamilias ultro solvisset?*

Distinguendum est, an aliunde quam ex pecunia patris solverit; quo casu, cum naturalis obligatio maneat, solutio valebit, nec dabitur repetitio: quod si ex pecunia patris aut peculiari solverit, cum ejus alienandæ jus non habeat, repetitio patri dabitur.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille: Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Julianus, Si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat; videri a donatore profectam protinus ad creditorem, et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse (2); et ideo si solverit, Condictionem patri ex omni eventu competere. *l.* 9. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

Hoc ita quum creditor malâ fide consumpsit, sciens sibi solvi pecuniam patris quam filius alienare non poterat: secus si eam bona fide consumpsit; puta si falso, tamen probabiliter, existimans ab alio quam a patre proficisci.

De hoc casu accipe quod ait Ulpianus: Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit: patri nummos vindicanti, nulla exceptio objicietur. Sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare Condictionem: quoniam (3) TOTIENS Condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset: in proposito autem non esset. Denique, per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. *l.* 14. *ff. de Reb. cred.* ULP. LIB. 29. AD EDICT.

XVI. *Vidimus an et quando patri repetitio detur pecuniæ quam filiusfamilias ex causa mutui solvit. Cum autem filiusfamilias naturaliter sit obligatus; ipse* Filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus, si solverit, et patri suo heres effectus velit vindicare nummos; exceptione summovebitur a

(1) Ex eo quod quis dum filiusfamilias esset contraxit, non tenetur nisi quatenus facere potest: ut vid. tit. præced.

(2) Quia hanc, quum ipsi donata est, patri acquisivit: pecuniam autem patris effectam alienare non potuit.

(3) Sensus est: consumptio pecuniæ quam quis accepit, bona fide ab ipso facta, idem operatur atque si ab initio hujus pecuniæ dominium in ipsum translatum esset; adeoque ita demum ex hac consumptione nasci potest actio, si nata fuisset ex translatione dominii hujus pecuniæ. Atqui in hac specie, si dominium pecuniæ solutæ in accipientem ab initio translatum supponeretur, nulla actio nata esset: nec enim nasci potuisset Condictio *Indebiti* soluti, cum natura fuerit debitum; ergo nec ex consumptione bona fide facta ulla actio nasci potest.

vindicatione nummorum. *l.* 26. § 9. *ff. de Condict. indeb.* Ulp. lib. 26. ad Ed.

Multo magis : Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Senatusconsultum; nec solutum repetere potest. *l.* 7. § 16. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Ex eo quod naturalis obligatio maneat, sequitur etiam quod ait Ulpianus : Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit; dicendum erit Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. *l.* 9. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Quamvis autem subsit naturalis obligatio, et filiusfamilias effectus sit paterfamilias; Quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti potest. *l.* 8. Paul. lib. 30. ad Ed.

Item Si is cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromisit; si petatur ex ea stipulatione, In factum excipiendum erit. *l. fin.* Pompon. lib. 5. Senatusconsultorum.

XVII. *Hactenus de ipso filiofamilias.*

Par ratio est fidejussorum ejus. Quamvis enim nulla civili obligatione teneantur; Et hi tamen qui pro filiofamilias sine voluntate patris ejus intercesserunt, solvendo non repetent. Hoc enim et Divus Hadrianus constituit; et potest dici non repetituros. Atquin perpetua exceptione tuti sunt. Sed et ipse filius; et tamen non repetit: quia Hi demum solutum non repetunt, qui ob pœnam creditorum actione liberantur; non quoniam exonerare eos Lex voluit (1). *l.* 9. § 4. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Quanquam autem solvendo non repetant (*d. l.* 9. § *fin.*), quia naturalis obligatio manet (*l.* 10. Paul. lib. 30. ad Ed.); tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur SCti exceptione (2). Et ita Julian. scribit in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis. *l.* 11. Ulp. lib. 29. ad Ed.

ARTICULUS IV.

Cui et adversus quem exceptio Senatusconsulti Macedoniani detur.

§ 1. *Cui detur.*

XVIII. Quanquam autem non declaret Senatus cui exceptionem det, tamen sciendum est, et heredem filii, si paterfamilias decesserit; et patrem ejus, si filiusfamilias decesserit; exceptione uti posse. *l.* 7. § 10. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Sed et dum filiusfamilias vivit, hæc exceptio competit patri si De peculio *conveniatur.*

Sic enim rescribit Philippus : Si filius tuus in potestate tua agens contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam sumpsit pecuniam, actio De peculio adversus te eo nomine efficaciter dirigi nequaquam potest. *l.* 6. *Cod. h. t.*

Si filius in alterius erat potestate, quum mutua daretur, nunc in alterius; mens Senatusconsulti non cessat (3). Dabitur itaque exceptio. *l.* 7. § 4. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XIX. Non solum filiofamilias et patri ejus succurritur; verum fidejussori quoque et mandatori ejus: qui et ipsi Mandati habent regressum.

Nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum (4) habeant, Senatusconsultum locum non habebit.

Sed etsi non donandi animo, patris taman voluntate intercesserunt; totus contractus a patre videbitur comprobatus (5). *l.* 9. § 3. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Præter casum quo fidejussor donandi animo fidejussit, adhuc alterum refert Ulpianus. Ita ille : Interdum tamen etsi Senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio: ut puta, filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit. Scribit enim Julianus (libro 12) Ipsum quidem institorem exceptione Senatusconsulti usurum, si conveniatur: sed Institoriam actionem adversus eum qui præposuit, competere. Quanquam (6) (inquit) si ipse pater eum præposuisset merci suæ, vel peculiarem exercere passus esset, cessaret SCtum quoniam patris voluntate contractum videretur. Nam si scit eum negotiari; etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere. *sup. d. l.* 7. § 11.

§ 2. *Adversus quos exceptio Senatusconsulti detur.*

XX. *Datur hæc exceptio adversus creditorem; et quidem hac in re* Nihil interest quis filiofamilias crediderit, utrum privatus an civitas. Nam in civitate quoque Senatusconsultum locum habere, Divi Severus et Antoninus rescripserunt. *l.* 15. Marcian. lib. 14. institut.

XXI. *Adversus Minorem autem hæc exceptio filiofamilias Majori denegatur. Ita enim Ulpianus :*

(1) Senatusconsultum Macedonianum magis odio creditoris, quam favore debitoris factum est; in quo differt a Velleiano: Et hæc est ratio cur filiofamilias qui solvit, non subvenitur per Condictionem *Indebiti :* cum enim Senatusconsultum non intendat succurrere filiofamilias, nullam ei actionem parit; sed duntaxat denegat actionem creditori quem punire intendit.

(2) Hæc exceptio etiam post Sententiam opponitur: creditor enim indignus est tam post Sententiam quam ante.

(3) Non enim, ut supra vidimus, illi qui tunc eum in potestate habebat, Senatusconsultum favere voluit; sed duntaxat voluit punire creditorem: quæ ratio militat in cujuscumque potestatem filius pervenerit, imo et si sui juris factus sit, ut vid. supra.

(4) Si creditor posset exigere a filiifamilias fidejussore, qui adversus filiumfamilias regressum haberet; perinde esset effectu, ac si ab ipso filiofamilias exigeret: quod noluit Senatusconsultum.

(5) Adeoque non est Senatusconsulto locus; ut supra N. 5.

(6) Suppla: et hoc locum habet, quum alius quam pater eum suæ negotiationi præposuit.

Plane si minor annis cum filiofamilias majore contraxerit; et Julianus lib. 4 Digestorum, et Marcellus libro 2 Digestorum scribit, posse in integrum restitui: ut magis ætatis ratio quam Senatusconsulti habeatur. *l.* 11. § 7. *ff. de Minorib.* ULP. LIB. 11. AD ED.

Quod si minor viginti quinque annis filiofamilias Minori pecuniam credidit; melior est causa consumentis: nisi (1) locupletior ex hoc inveniatur litis contestatæ tempore is qui accepit (2). *l.* 34. *d. tit.* PAUL. LIB. 1. SENTENT.

XXII. Non solum ei qui mutuam pecuniam dedisset, sed et successoribus ejus deneganda est actio. *l.* 7. § 6. ULP. LIB. 29. AD ED.

XXIII. Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum (3) exceptio, licet hic non dederit.

Sed etsi alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate; severius (4) dicendum est, utrique alterius scientiam nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi. *d. l.* 7. § 7.

(1) Minor qui credidit, est quidem in ea causa ut ejus ætas ipsi restitutionem tribuat adversus pœnam Senatusconsulti: sed minor cui credita est pecunia, est etiam ipse in ea causa ut adversus obligationem quam contraxit, restitui debeat ex Edicto DE MINORIBUS. Porro *In pari causa melior causa possidentis: Melior causa rei quam actoris.* Vid. Tit. *de Minorib.* supra lib. 4.

(2) Quod si major 25 annis credidisset; modo pecunia non sit versa in rem patris; etiamsi filiusfamilias locupletior factus esset. Senatusconsultum locum haberet: ut vidimus supra N. 8.

(3) Qui stipulatus est a filiofamilias hanc pecuniam quæ ipsi ab alio mutua dabatur.

(4) Ita recte censet Cujacius legendum, *severius;* uno verbo. Male vulgo legitur *potestate se; verius, etc.*

LIBER DECIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

DE PECULIO.

I. Ordinarium (1) Prætor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum qui alienæ potestati subjecti sunt, qui in (2) solidum tribuunt actionem sic deinde ad hos pervenire ubi De Peculio datur actio. *l.* 1. Ulpian. lib. 29. ad Ed.

Est autem triplex (3) hoc Edictum. Aut enim De Peculio, aut de in rem verso, aut Quod jussu, hinc oritur actio. *d. l.* 1. § 1.

De hoc Edicto Diocletianus et Maximianus sic rescribunt : Dominum per servum obligari non posse, ac tantum De Peculio (deducto scilicet quod naturaliter servus domino debet) ejus creditoribus dari actionem; vel si quid in rem ejus versum probetur, De in rem verso; Edicto Perpetuo declaratur. *l.* 12. *Cod. Quod cum eo.*

Tres autem Edicti partes ita complectitur Ulpianus : Quod servus domino emit, si quidem voluntate (4) ejus emit, potest Quod jussu agi : sin vero non ex voluntate; si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin (5) rem necessariam vel utilem domino emit; De in rem verso actio erit; si vero nihil eorum est, De Peculio erit actio. *l.* 5. § 2. *ff. de In rem verso.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

In hoc Titulo exponitur duntaxat actio De Peculio, *Ut autem quæ ad hanc actionem pertinent, certo ordine tractentur,* 1.° *Præmittemus generalia quædam de ipso Peculio;* 2.° *Videbimus ex quarum personarum obligationibus et ex quibus causis actioni* De Peculio *locus sit;* 3.° *Agemus de his qui* De Peculio *obligari possunt et hac actione teneri, et de his quibus illa competit;* 4.° *Quæremus quid contineat actio* De Peculio *et de hujus actionis effectu;* 5.° *An actio* De Peculio *mota adversus patrem aut dominum, filii aut servi obligationem consumat.*

SECTIO I.

Præmittuntur generalia quædam circa Peculium.

ARTICULUS I.

Quid sit Peculium; cui constitui possit, et a quo.

§ 1. *Quid sit, et quis habere possit Peculium.*

II. Peculium dictum est quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. *l.* 5. § 3. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Peculium autem Tubero quidem sic definit (ut Celsus libro 6 Digestorum refert) : Quod servus domini permissu, separatum a rationibus dominicis habet; deducto inde, si quid domino debetur. *d. l.* 5. § 3.

Definitio Peculii quam Tubero exposuit, (ut Labeo ait) ad vicariorum peculia non pertinet. Quod falsum est; nam eo ipso quod dominus servo Peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est (6). *l.* 6. Celsus lib. 6. digest.

Quam Tuberonis sententiam (7) et ipse Celsus probat. *l.* 7. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Circa hoc autem vicariorum Peculium, observandum quod Non solum id in peculio vicariorum ponendum est, cujus rei a domino; sed etiam id cujus ab eo cujus in peculio sint, seorsum rationem habeant. *l.* 4. § 6. Pompon. lib. 7. ad Sabin.

III. *Ex definitione Peculii apparet,* 1.° *Quid in peculio servi aut filiifamilias esse intelligi debeat.*

Nimirum Peculium est, non id cujus servus seorsum a domino rationem habuerit; sed quod dominus ipse separaverit, suam a servi ratione discernens. Nam cum servi Peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit; animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis Peculii gratia fecerit. *d. l.* 4.

Ex his apparet, non quod servus ignorante domino habuerit, Peculii esse; sed quod volente. Alioquin et quod subripuit servus domino, fit Peculii : quod non est verum. *d. l.* 4. § 2.

Ut autem servus hæc quæ habet, volente domino, habere intelligatur : Scire non utique singulas res debet dominus ex necessitate, sed ΠΑΧΥΜΕΡΕΣΤΕΡΟΝ (id est, *pinguius*). Et in hanc sententiam Pomponius inclinat. *l.* 7. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Ait enim : Non solum id Peculium est quod dominus servo concessit; verum id quoque quod ignorante quidem eo acquisitum sit, tamen si res-

(1) Id est, *ordine fieri.*

(2) Vid. l. 1. ff. *Quod cum eo* supra lib. 14.

(3) Id est, tribus constans partibus.

(4) *Voluntatem* jubentis, non duntaxat patientis accipe.

(5) Vitiosa est interpunctio virgulæ : et post hæc verba *ratum habuerit*, substituenda sunt duo puncta : subaudiendumque *dabitur pariter* actio Quod jussu *si ratum habuerit.* Quod si nec jussit, nec ratum habuit; tunc si *vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit*, competet actio De in rem verso.

(6) Adeoque vicarius hoc Peculium permissu domini habere recte dicitur : ergo definitio Tuberonis etiam vicariorum peculia complectitur, et male a Labeone arguitur.

(7) Definitionem.

cisset passurus erat esse in Peculio. *l.* 49. POMPON. LIB. 4. AD Q. MUCIUM.

IV. *Apparet* 2.° *Quis possit Peculium habere. Enimvero Peculium habere non potest, nisi qui alieni juris est :* Paterfamilias liber Peculium non potest habere; quemadmodum nec servus bona. *l.* 182. *ff. de Verb. sign.* ULP. LIB. 27. AD ED.

V. Pupillum autem tam filium quam servum, Peculium habere posse Pedius libro 15 scribit; Cum in hoc, inquit, totum ex domini constitutione (1) pendeat. Ergo etsi furere cœperit servus vel filius, retinebunt Peculium (2). *sup. l.* 7. § 3.

§ 2. *Quis possit Peculium constituere.*

VI. *Non omnis dominus servo constituere Peculium potest. Nam Celsus* Adjicit : Pupillum vel furiosum constituere quidem Peculium servo non posse (*sup. d. l.* 7. § 1.) : *Imo Pedius* Adjicit, Pupillum non posse servo Peculium constituere nec tutoris auctoritate (3). *sup. d. l.* 3. § 3.

Verum ante constitutum (id est, vel ante furorem vel a patre pupilli) non adimetur ex his causis. Quæ sententia vera est : et congruit cum eo quod Marcellus apud Julianum notans adjicit, Posse fieri (4) ut ex duobus dominis apud alterum servus Peculium habeat, apud alterum non : ut puta, si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus : si (ut quidam, inquit, putant) Peculium servus habere non potest nisi concedente domino. Ego autem puto (5) non esse opus concedi Peculium a domino servum habere; sed non adimi, ut habeat. Alia eousa est Peculii liberæ administrationis : nam hæc specialiter concedenda est (6). *sup. d. l.* 7. § 1.

ARTICULUS II.

Quomodo et ex quibus rebus constituatur augeaturve Peculium, item quomodo decrescat et moriatur.

§ 1. *Quomodo Peculium, constitui possit et constitutum augeri.*

VII. *Constituitur Peculium, constitutumve augetur, quum dominus servum Peculii jure aliquid habere concedit.*

Cæterum Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, Peculium fecit : sed si tradidit; aut, quum apud eum esset, pro tradito habuit. Desiderat enim res naturalem dationem. *l.* 8. PAUL. LIB. 4. AD SABIN.

Igitur nuda quidem voluntate domini Peculium potest constitui : Sed hoc ita verum puto, si debito servum liberare voluit dominus : ut, etiamsi nuda voluntate remiserit dominus quod debuerit, desinat servus debitor esse (7).

Si vero nomina ita fecerit dominus, ut quasi debitorem se servo faceret, quum revera debitor non esset; contra puto. Re enim, non verbis, Peculium augendum est. *l.* 4. § 1. POMPON. LIB. 7. AD SABIN.

Consonat quod idem Pomponius alibi ait : Ut debitor, vel servus domino, vel dominus servo, intelligatur, ex causa civili computandum (8) est. Ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo; quum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa præcesserat debendi : nuda ratio non facit eum debitorem. *l.* 49. § 2. POMPON. LIB. 5. AD Q. MUCIUM.

VIII. Peculium et ex eo consistit quod parcimonia sua quis paravit; vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit. *l.* 39. FLORENT. LIB. 11. INSTITUT.

§ 2. *Quæ res in Peculio esse possint.*

IX. In peculio autem res esse possunt omnes, et mobiles, et soli. Vicarios quoque in Peculium potest habere, et vicariorum Peculium : hoc amplius, et nomina debitorum. *l.* 7. § 4. ULP. LIB. 29. AD ED.

Sed et si quid Furti actione servo debetur, vel alia actione, in Peculium computabitur : hereditas quoque, et legatum; ut Labeo ait. *d. l.* 7. § 5.

X. Sed et id quod dominus sibi debet, in Peculium habebit; si forte in domini rationem impendit, et dominus ei debitor manere voluit; aut si debitorem ejus dominus convenit. Quare si forte ex servi emptione (9), evictionis nomine duplum dominus exegit; in Peculium servi erit conversum : nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in Peculium servi. *d. l.* 7. § 6.

(1) Qui sibi imputare debet, cur his Peculium concesserit.

(2) Sibi enim imputet dominus, quod furioso illud non ademit.

(3) Tutoris enim auctoritas interponi non debet nisi pro utilitate pupilli : Nedum autem pupilli vertatur utilitas in concedendo aliquo peculio ipsius servis; imo pupillus in discrimen adducitur amittendæ hujus partis patrimonii sui, quæ in Peculium servis concederetur.

(4) Hæc sunt verba Juliani quæ Marcellus refert; et quæ postea notabit, adjiciens : *Ego autem puto, etc.*

(5) Hæc est Marcelli adjectio, quæ perfecte *congruit cum eo quod* prius dictum est; Peculium non adimi furore interveniente.

(6) Vid. infra N. 15.

(7) Obligatio naturalis servi quæ sola inter dominum et servum potuit consistere, nuda domini voluntate solvitur : ut videb. infra lib. 46. Tit. *de Solutionib.* Hinc fit ut Peculium, quod non intelligitur nisi deducto eo quod domino debetur, augeatur nuda domini voluntate.

(8) Id est, ex ea causa debitor servo dominus, vel vice versa, intelligi potest, ex qua erga extraneum civiliter obligaretur. Ex ea autem causa ex qua extraneo nullatenus obligaretur, nec etiam suo servo debitor potest intelligi.

(9) Ex contractu servi sui qui rem aliquam emerat.

Sed et si quid ei conservus debet, erit Peculii; si modo ille habeat Peculium vel habebit. *d. l.* 7. § 7.

Sed si damnum servo dominus (1) dederit, in Peculium hoc non imputabitur: non magis quam si subripuerit (2). *l.* 9. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Plane si conservus dedit damnum, vel subripuit; in Peculium videtur haberi: et ita Pomponius libro 11 scribit. Nam et si quid dominus ab eo qui rem peculiarem subripuit, vel consecutus est vel consequi potest; in Peculium esse ei imputandum, Neratius libro 2 Responsorum scribit. *d. l.* 9. § 1.

XI. *Non videntur ad Peculium, sed magis ad rationem dominicam pertinere res quas necesse habet dominus servo suo exhibere. Hoc docet Marcianus:* Quomodo autem Peculium nascatur, quæsitum est? Et ita Veteres distinguunt: Si id acquisiit servus quod dominus necesse non habet præstare, id esse Peculium; si vero tunicas aut aliquid simile quod ei dominus necesse habet præstare, non esse Peculium. Ita igitur nascitur Peculium. *l.* 40. § 1. Marcian. lib. 5. regul.

Observa dominum teneri vestes præstare his demum servis qui Peculium non habent, unde sibi parent. Si igitur servo jam Peculium habenti vestes dederit, in Peculio erunt; nisi sui gratia magis quam servi dedisse videretur. Sic accipe quod ait Pomponius: Id vestimentum Peculii esse incipit, quod ita dedarit dominus ut eo vestitu servum (3) perpetuo uti vellet; eoque nomine ei tradidit, ne quis alius eo uteretur; idque ab eo ejus usus gratia custodiretur. Sed quod vestimentum servo dominus ita dedit utendum, ut non semper sed ad certum usum certis temporibus eo uteretur; veluti quum sequeretur eum, sive cœnanti ministrabit; id vestimentum non esse peculii (4). *l.* 25. Pompon. lib. 23. ad Sabin.

XII. *Circa res ex quibus constat Peculium, observandum superest quod* Si ære (5) alieno dominico exhauriatur Peculium servi; res tamen in causa Peculiari manent. Nam (6) si aut servo donasset debitum dominus, aut nomine servi alius domino intulisset, Peculium suppleretur; nec esset nova concessione domini opus. *l.* 4. § 5. Pompon. lib. 7. ad Sabin.

§ 3. *Quomodo decrescat et moriatur Peculium.*

XIII. Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur. Et ideo eleganter Papirius-Fronto dicebat Peculium simile esse homini. *l.* 40. Marcian. lib. 5. regul.

Quomodo nascatur seu constituatur, jam vidimus: necnon et quomodo crescat; nam Crescit quum auctum fuerit.

Decrescit, quum servi vicarii moriuntur, res intercidunt. Moritur, quum ademptum sit. *d. l.* 40. § 1. ¶ *fin.*

Decrescit ergo Peculium, vel interitu quarumdam ex rebus Peculiaribus, vel earum deterioratione aut ademptione, vel contracto ære alieno. Item sæpe fit, ut ignorante domino incipiat minui servi Peculium: veluti quum damnum domino dat servus, aut furtum facit. *l.* 4. § 3. Pomp. lib. 7. ad Sabin.

Circa interitum vero notandum quod, quamvis in constituendo Peculio voluntas domini citra traditionem non sufficiat; Contra autem simul atque noluit, Peculium servi desinit Peculium esse. *l.* 8. ¶ *fin.* Paul. lib. 4. ad Sabin.

ARTICULUS III.

De jure quod servus circa Peculium habet.

XIV. *Servus rebus Peculiaribus frui tantummodo potest. At si liberam Peculii administrationem habeat, etiam eas alienare potest.*

Ita Diocletianus et Maximianus rescribunt: Si liberam Peculii administrationem habentes, equas de Peculio cum fetu servi vendiderunt; reprobandi contractum dominus nullam habet facultatem. Quod si non habentes liberam Peculii administrationem, rem dominicam eo ignorante distraxerunt; neque dominium quod non habent, in alium transferre possunt: neque conditionem eorum servilem scientibus emptoribus, possessionis justum afferunt initium. Unde non immerito nec longi temporis præscriptionem hujusmodi possessionibus prodesse manifestum est: ideoque res mobiles ementes a servo, etiam Furti actione tenentur. *l.* 10. *Cod. Quod cum eo.*

Item servus qui liberam Peculii administrationem non habet, nec pignus nec Antichresim in rebus Peculiaribus constituere potest. Hoc est quod rescribunt Valerianus et Gallienus: Si servus tuus sine permissu tuo accepta pecunia mutua, in usurarum vicem habitandi facultatem creditori concessit; nullo jure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat, cum te servi factum non obligaverit; et ingrediens rem tuam, contra vim

(1) Nec enim injuria datur damnum quod dominus dat in rebus Peculiaribus. Cum enim sint suæ, domini jure eis abutitur.

(2) Nec enim rem Peculiarem, quæ sua est, proprie surripit.

(3) Qui jam Peculium habebat. Ita hæc lex conciliatur cum l. 40. § 1. modo supra.

(4) Magis enim sua quam servi gratia, hæc dedisse dominus videtur.

(5) Id est, eo quod servus domino debet; quo deducto, Peculium computatur.

(6) Præoccupat objectionem quæ ita fieri poterat: Peculium æstimatur deducto eo quod servus domino debet: si igitur plus debet domino quam sit in Peculio, nihil superest in Peculio. Quomodo autem res videri possunt in causa Peculiari, cum nihil sit in Peculio? Hac ratione nimirum in Peculiari causa manere videntur; quod *si aut servo, etc.*

ejus auctoritate competentis judicis protegeris. *l.* 6. *Cod. d. tit.*

Cum autem liberam administrationem habenti alienatio permittatur; hinc Cui Peculii administratio data est, delegare debitorem suum potest. *l.* 48. *§ cui.* PAUL. LIB. 17. AD PLAUT.

Cæterum hoc demum Qui Peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter; quod et specialiter permissurus (1) est. *l.* 46. PAUL. LIB. 60. AD ED.

XV. *Libera hæc peculii administratio quæ (ut obiter jam supra vidimus N. 6.) specialiter concedenda est, non solum ab ipso domino qui rerum suarum administrationem habet, concedi potest: sed V. G.* Curator furiosi administrationem Peculii et dare et denegare potest, tam furiosi servo quam filio. *l.* 24. ULP. LIB. 26. AD SABIN.

XVI. Libera Peculii administratio non permanet, neque in fugitivo, neque in subrepto; neque in eo de quo nesciat quis, vivat an sit mortuus. *sup. d. l.* 48.

SECTIO II.

Ex quarum personarum obligationibus, et ex quibus obligationum causis, actioni De Peculio *locus sit.*

ARTICULUS I.

Ex quarum personarum obligationibus actioni De Peculio *locus sit.*

XVII. Verba Edicti talia sunt: QUOD CUM EO QUI IN ALTERIUS POTESTATE ESSET, NEGOTIUM GESTUM ERIT. *l.* 1. § 2. ULP. LIB. 29. AD ED.

De EO loquitur, non de EA. Sed tamen et ob eam quæ est feminini sexus, dabitur ex hoc Edicto actio. *d. l.* 1. § 3.

Unde Gaius: Et ancillarum nomine, et filiarumfamilias in Peculium actio datur. Maxime si qua sarcinatrix aut textrix erit, aut aliquod artificium vulgare exerceat; datur propter eam actio. Depositi quoque et Commodati actionem dandam earum nomine, Julianus ait. *l.* 27. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Sed et Tributoriam actionem, si peculiari merce, sciente patri dominove negotientur, dandam esse. *l.* 27. *etc.*

XVIII. POTESTATIS verbum communiter accipiendum est, tam in filio quam in servo. *sup. d. l.* 1. § 5.

XIX. Licet Prætor, si CUM EO QUI IN POTESTATE SIT negotium gestum sit, polliceatur actionem, tamen sciendum est, etsi in nullius si potestate, dari De Peculio actionem. Ut puta, sit cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem. *l.* 3. ULP. LIB. 29. AD ED.

Unde Labeo scribit: Etsi secundo tertiove gradu substitutus sit servus, et deliberantibus primis heredibus cum eo contractum sit (2); mox repudiantibus eis ipse liber heresque extiterit; posse dici, DE PECULIO cum conveniri (3) et DE IN REM VERSO. *d. l.* 1. 3. § 1.

XX. *Et hujus autem demum personæ contractu actio* De Peculio *datur, quæ si libera esset ipsa obligari posset.*

Hinc Si cum impubere filiofamilias vel servo contractum sit; ita dabitur in dominum vel patrem De Peculio actio, si locupletius eorum Peculium factum est. *sup. d. l.* 1. § 4.

Similiter Diocletianus et Maximianus: Cum ancilla (4) contrahenti (quam Jure non obligari posse constat) adversus dominum in quantum locupletius ejus Peculium factum est, ea superstite; ac post mortem ejus, intra utilem annum (5), dandam actionem non ambigitur. *l.* 11. *Cod. Quod cum eo.*

XXI. *Ut actioni* De Peculio *locus esse possit, sufficit quem contraxisse quum alieni juris esset: quamvis obligatio commissa sit quum jam potestate exiisset.*

Hinc in hac specie: Quod filiofamilias ut peteret mandavi, emancipatus exegit; De Peculio intra annum (6) utiliter agam.

Paulus: Sed et cum filio agendum est (7). *l.* 61. *ff. Mandati.* PAUL. LIB. 2. AD NERATIUM.

Vice versa, si quis dum sui juris erat, contraxerit; et postea se in arrogationem dederit, eritne locus actioni De Peculio?

In adrogatorem, De Peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius, ex antegesto De Peculio actionem non esse dandam existiment (8). *l.* 42. ULP. LIB. 12. AD ED.

(1) Id est, quod probabile est ei permissurum fuisse, si hoc specialiter prævidisset.

(2) Ex quo contractu nata est actio *De Peculio* adversus hereditatem cujus adhuc servus erat.

(3) *Annali actione De Peculio:* quæ intra annum datur, postquam servus qui contraxit ad libertatem pervenit.

(4) Impubere.

(5) Nam actio *De Peculio*, mortuo eo ex cujus contractu competebat, ultra annum non durat; ut infra videb. N. 36.

(6) Quod enim in Nota præced. de morte dictum est, intelligendum etiam de emancipatione in filio, aut manumissione in servo.

(7) Actio *Mandati De Peculio* adversus patrem competit duntaxat intra annum ab emancipatione filii. Actio autem *Mandati* directa adversus ipsum filium post emancipationem, perpetuo datur; et quidem cum causæ cognitione in id quod facere potest; ut vid. supra lib. 14. Tit. *Quod cum eo:* ad differentiam servi adversus quem ex ipsius contractu nulla etiam post ejus manumissionem potest actio competere; ut vid. d. tit. N. 2.

(8) Verum sententiam eorum non probat Ulpianus; si quidem dixit *Recte putare* eos qui dicunt actionem in arrogatorem dandam. Ne dicas, principium legis esse intelligendum de casu quo ex obligatione post arrogationem contracta *De Peculio* ageretur. Nam nulla de eo casu potuisset esse quæstio inter Jurisconsultos: unde non diceret, *quidam putant.*

ARTICULUS II.

Ex quibus causis actioni De Peculio *locus sit.*

XXII. *Regulariter ex quolibet filiorumfamilias servorumve contractu aut quasi contractu huic actioni* De Peculio *locus est.*

Et quidem Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus; erit in eum actio De Peculio. *l.* 29. § 1. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Igitur Quotiens in taberna ita scriptum fuisset: Cum Januario servo meo geri negotium veto; hoc solum consecuturum esse dominum constat: ne Institoria teneatur non etiam Do Peculio. *l.* 47. Paul. lib. 4. ad Plaut.

Ergo etsi in contrahendo jussum domini servus excessit; tamen eo quod excessit, dominus De Peculio *tenebitur; ut liquet ex specie sequenti.*

Si servo tuo ordinario permiseris vicarium emere aureis octo; ille decem emerit, et tibi scripserit se octo emisse, tuque ei permiseris eos octo ex tua pecunia solvere, et is decem solverit: hoc nomine duos aureos tantum (1) vindicabis; sed hi (2) venditori præstabuntur duntaxat de Peculio servi. *l.* 37. § 1. Julian. lib. 12. digest.

XXIII. *Una est causa ex qua filius contrahendo, patrem non obligat* De Peculio; *scilicet causa Mutui, ut vid. tit. præced.*

Servus vero etiam ex causa mutui dominum obligat. Ita enim rescribunt Diocletianus et Maximianus: Ei qui servo alieno dat pecuniam mutuam, quandiu superest servus, item post mortem ejus intra annum, De Peculio in dominum competere actionem; vel si in rem domini versa sit hæc quantitas, post annum etiam esse Honorariam actionem, non est ambigui Juris. Quapropter si quidem in rem domini pecunia versa est; heredes ejus convenire potes de ea summa quæ in rem ipsius processit. Si vero hoc probari non potuerit, consequens est ut superstite quidem servo dominum De Peculio convenias; vel si jam servus rebus humanis exemptus est, vel distractus, seu manumissus, nec annus excessit; De Peculio quondam adversus eum experiri possis. *l.* 7. *Cod. Quod cum* eo.

XXIV. *Contra, quædam sunt causæ ex quibus servus dominum* De Peculio *non obligat; quamvis filius obliget patrem.*

Talis est causa intercessionis. Enimvero Si filiusfamilias vel servus pro aliquo fidejusserint, vel alias intervenerint, vel mandaverint; tractatum est, an sit De Peculio actio? Et est verius, in servo causam fidejubendi vel mandandi spectandam: quam sententiam et Celsus lib. 6 probat in servo fidejussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenerit; non rem Peculiarem agens (3); non obligabitur dominus De Peculio. *l.* 3. § 5. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Julianus quoque libro 12 Digestorum scribit: Si servus mandaverit ut creditori meo solveretur; referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, esse obligatum dominum De Peculio; quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum De Peculio. *d. l.* 3. § 6.

Item Sabinus respondit, Non alias dandam De Peculio actionem in dominum, quum servus fidejussisset, nisi in rem domini aut ob rem Peculiarem fidejussisset. *l.* 47. § 1. Paul. lib. 4. ad Plaut.

His consonat quod Julianus ait: Servus inscio domino pro quodam fidejusserat, et eo nomine pecuniam solverat; quærebatur, dominus possetne ab eo cui soluta esset repetere? Respondit: Interest quo nomine fidejusserit. Nam si ex causa Peculiari fidejussit; tunc id quod ex Peculio solverit, repetere dominus non poterit (4); quod ex dominica causa solverit vindicabitur (5): si vero extra causam Peculii fidejusserit; quod ex pecunia dominica solverit æque vindicabitur; quod ex Peculio, condici (6) poterit. *l.* 19. *ff. de Fidejuss. et mandatorib.* Julian. lib. 4. ex Minicio.

Sed et si servi dominus pecuniam solverit (7); repetere eam, non ab eo pro quo fidejussit, sed ab eo cui numeravit, poterit (8): cum servus fidejussionis nomine obligari non possit. Sequitur ergo ut ab eo pro quo fidejusserat, repeti non posset: cum ipse ære (9) alieno obligatus sit; nec solutione liberari ejus pecuniæ nomine potuerit, cujus obligatio ad servum non pertinuerit. *l.* 20. *d. tit.* Javol. lib. 13. epist.

Hæc ita circa servos obtinent.

Aliud in filiisfamilias. Sed si filius fidejussor, vel quasi interventor acceptus sit; an De Peculio patrem obliget, quæritur? Et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium, semper obligari patrem De Peculio; et distare in hoc a servo. *l.* 3. § 9. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XXV. *Hactenus de causa intercessionis. Similiter circa causam compromissi distat servus a filio.* Quare

(1) Reliqui enim octo tua voluntate soluti sunt.

(2) Duo in quibus jussum tuum excessit, et quorum vindicationem habes.

(3) Quid si *rem peculiarem agens?* Recte intercedet: puta, si fidejubeat pro eo cui negotium Peculiare gerendum mandaverit, ex causa quæ ad hoc negotium pertineat.

(4) Recte enim solvit; cum ex hac causa valeat fidejussio.

(5) Neque enim servus jus habet alienandæ pecuniæ dominicæ. Cæterum dominus *De Peculio* obligabitur.

(6) *Condictione Indebiti.* Neque enim extra causam Peculii potuit utiliter fidejubere servus; adeoque quod ex hac causa solvit, est indebitum.

(7) Per errorem, putans ex alia causa deberi.

(8) Condictione *Indebiti.*

(9) Sensus est, eo demum solutio actionem *Mandati* parit adversus reum principalem, quæ eum liberavit: atqui talis solutio quæ non est efficax et ex qua repetitio competit [utpote ex ea causa facta ex qua servus obligationem contrahere non potuerat], non potest liberare reum principalem: ergo nec potest parere adversus eum actionem *Mandati.*

et ex compromisso pater tenebitur: et ita Papinianus quoque libro 9 Quæstionum scribit. Nec interesse ait, ex qua caosa compromiserit; utrum ex ea caosa ex qua potoit cum patre De Peculio agi, an vero ex ea qua non potuit (1): cum ex stipulatu pater conveniatur. *d. l.* 3. § 10.

At Si servus quum se pro libero gereret, compromiserit; quæritur an De Peculio actio ex pœna compromissi quasi ex negotio gesto danda sit? sicuti trajectitiæ pecuniæ datur. Sed huc et Nervæ filio et mihi videtur verius, ex compromisso servi non daodam De Peculio actionem: quia nec si in judicio condemnetur servus, datur in eum actio. *d. l.* 3. § 8.

XXVI. *Distant pariter filius et servus circa causam judicati ex qua (ut modo vidimus) servus dominum De Peculio non obligat. At Papinianus* Idem scribit, Judicati quoque patrem, De Peculio teneri.

Quod et Marcellus potat, etiam ejus actionis nomine ex qua (2) non potuit pater De Peculio actionem pati. Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio; ita judicio contrahi: proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam Judicati velut obligationem. Quare etsi quasi defensor condemnatus sit, idem putat. *d. l.* 3. § 11.

XXVII. *Distant etiam in causa jurisjurandi. Nam* Si filiusfamilias jusjurandum detulerit, et juratum sit; De Peculio danda est actio, quasi contractum sit. Sed in servo diversum (3) est. *l.* 5. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XXVIII. *Item* Quum filiusfamilias tutor aut curator datur; pater Tutelæ vel Negotiorum gestorum judicio, De Peculio et De in rem verso conveniendus est. *l.* 1. *Cod. Quod. cum eo.* Sever. et Antonin.

Ex hac causa autem servi dominos non possunt obligare, cum hæc munera in servos non cadant. Quid ergo si quis quasi liber tutelam administraverit? Quomodo eo casu impuberi succurratur, vid. l. 52. *infra N.* 77.

XXIX. *Denique ex eo servorum contractu actio* De Peculio *non datur adversus dominos, contre a quibus possidentur, quem inierunt ut se illorum potestati subtraherent.*

Hinc in specie in qua servus extero se mandat emendum, ut ab hoc emptore manumittatur; ita Papinianus: Quod si de suia nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter judicio Venditi liberari potest (4)); quæri solet an utiliter De Peculio agere possit? Et verius et utilius videtur, Prætorem de hujusmodi contractibus servorum non cogitasse, quibus se ipsi mala ratione dominis auferunt. *l.* 54. *ff. Mandati.* ¶ *quod si.* Papin. lib. 27. Quæst.

Hinc etiam in specie sequenti: Servus alienus quum bona fide serviret mihi, nummos a Titio mutuatos mihi dedit ut eum manumitterem; et manumisi (5): creditor quærebat, quem De Peculio convenirèt? Dixi, quanquam creditor electionem alias haberet; tamen in proposito dominum esse conveniendum (6). *l.* 50. § 3. Papinian. lib. 9. Quæst.

Obiter nota quod de domino convento subjicitur: Et eum Ad exhibendum mecum acturum, pecuniæ nomine quæ ipsi esset acquisita (7); nec in eam causam alienata, quæ pro capite servi facta proponeretur (8). Neque enim admittendam esse distinctionem existimantium; si non manumittam, domini Pecuniam esse; manumissione vero secuta, videri pecuniam ex re mea (9) quæsitam mihi. Quoniam magis propter rem (10) meam, quam ex re mea, pecunia mihi daretur. *d.* § 3.

XXX. *Vidimus ex quibus contractibus et quasi contractibus filiorum et servorum actio* De Peculio *competeret.*

Ex pœnalibus *autem* causis non solet in patrem De Peculio actio dari (11). *l.* 58. *de Reg. Jur.* Ulp. lib. 2. disput.

Eatenus tamen ex delictis filii aut servi actioni De Peculio *locus erit, quatenus pater aut dominus locupletior factus esset.*

Hinc Ex furtiva causa a filio quidem familias

(1) Puta, ex causa damni Legis Aquiliæ.

(2) Actionis ex delicto aut quasi delicto.

(3) Servus cum non sit capax standi in Judicio, ita nec eorum quæ instar judicii sunt; qualia sunt, compromissum, jusjurandum. Obstat lex 22. ff. *de Jurejur.* ubi *De Peculio actionem dandam quidam putant, si actori detulerit servus jusjurandum.* Ant. Faber ad d. l. 22. ait accipiendam eam esse de casu quo servus extra Jus de re peculiari detulit jusjurandum: quo casu recte defert, æque ac filiusfamilias; legem vero 5. § 1. ff. h. t. accipiendam de casu quo filiusfamilias et servus deferunt jusjurandum de re non peculiari. Alii censent ne quidem de re peculiari servum deferre jusjurandum posse, nisi quum peculii liberam administrationem habet; et legem 22. ff. *de Jurejurando*, de hoc solo casu accipiendam. Cujacius Observ. VIII 2. dissidium de hac re fuisse censet inter Sabinianos et quosdam ex Proculeianis.

(4) Nam si solvisset ex Peculiaribus nummis; eos non fecisset accipientis, cum jam ipsius essent: adeoque inutilis fuisset solutio quæ liberationem non peperisset.

(5) Inutiliter quidem, cum non essem dominus.

(6) Non me bonæ fidei possessorem; cum eo contractu servus id egerit ut se potestati meæ subtraheret.

(7) Servus enim, quum eam mutuam accepit, eam jure potestatis acquisivit domino.

(8) Sensus est: semel autem acquisita domino pecunia, non potuit alienari per pactionem quam hic servus habuit pro capite suo, pro libertate sua.

(9) Bonæ fidei possessori acquiritur; quod ex re ipsius acquiritur: at vid. in *Instit.* lib. 2. tit. *Per quas person.*

(10) Propter servum, qui quodammodo est res mea quum eum bona fide possideo.

(11) Ratio est quod delicta et pœnæ solam personam delinquentis obligent. Hinc heredem non obligant: simili ratione nec obligare possunt patrem aut dominum. Adde, Peculium concedi servo aut filio ut contrahat, non ut delinquat.

coodici posse constat. An vero in patrem vel in dominum De Peculio daoda est actio, quæritur? Et est verius in quantum locupletior dominos factus esset ex furto facto, actionem De Peculio dandam. Idem, Labeo probat : quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impuoe. Nam et citra (1) rerum amotarum actiooem, filiæfamilias nomine, io qnod ad patrem perveoit, competit actio De Peculio. *l.* 3. § 12. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XXXI. *Ex causa damni infecti ob peculiares ædes non est locus obligationi De Peculio :* Ædium autem peculiarium nomioe in solidum Damni infecti promitti debet : sicut vicarii nomino noxale judicium io solidum pati. Quia pro pignore ea (2), si non defendantur, actor abducit (3) vel possidet. *l.* 23. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

XXXII. *Observandum etiam quod si servum noxali judicio defendit, non cum servo quem defendit contrahit, sed magis negotium domini ipsius gerit.*

Unde Qui servum meum me ignoraote, vel absente in noxali causa defenderit; Negotiorum gestorum in solidum mecum, non De Peculio aget. *l.* 41. *ff. de Negot. gest.* Paul. lib. 30. ad Ed.

SECTIO III.

Quibus et adversus quos competat actio De Peculio.

ARTICULUS I.

Qui De Peculio *obligentur, et hac actione conveniri possint.*

§ 1. *De his ad quos Peculium actu pertinet.*

XXXIII. *Pater aut dominus ad quem servi aut filiifamilias qui contraxit Peculium pertinet*, De Peculio *obligatur.*

Parvi aotem refert servus qois Masculi, an mulieris fuerit. Nam De Peculio et mulier coovenietur (4). *l.* 3. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Pedius etiam impuberes dominos De Peculio obligari ait. Noo enim eom ipsis impuberibus contrahitur; at totoris auctoritatem spectes. *d.l.* 3. § 3.

In furiosi quoque curatorem dicimus dandam De Peculio actionem. Nam et hojus servus Peculium habere potest; non si fuerit concessum ut habeat, sed si non fuerit prohibitum ne habeat (5). *d. l.* 3. § 4.

XXXIV. *Nec solum dominus actione* De Peculio *obligari potest ; sed quisquis ad quem aliquod servi Peculium pertinet.*

Unde Ulpianus ait, Nec magis dominium servorum esse spectandum, quam facultatem habeodi (6) eos. Non enim solum servorum propriorum nomine convenimur, item commuoium; verum eorum quoque qui bona fide nobis serviunt, sive liberi sint, sive servi alieni. *l.* 1. § *fin.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

Adde et eorum quorum usumfructum aut usum habemus. Etquidem Ex ea causa ex qua soleret servus fructuarius vel usuarius acquirere in eum cujus ususfructus vel ujus sit, actio duntaxat De Peculio cæteræque Honorariæ dantur, ex reliquis, in dominum proprietatis. *l.* 2. Pompon. lib. 5. ad Sabin.

Cæterum Si actum sit De Peculio eum eo qui usumfructum in servo habet, et minus consecutus sit creditor; non est iniquum, ut ex uoiverso ejus peculio sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur. *l.* 37. § 3. Julian. lib. 12. digest.

XXXV. *Idem vice versa obtinet.*

Maritus autem, servi dotalis nomine indistincte conveniri potest; sive ex causa quæ spectet Peculium quod ad ejus uxorem pertinet, sive ex ea quæ spectet Peculium quod ad ipsum pertineat. Hoc docet Ulpianus. Ita ille : Potest esse apud me duplicis juris Peculium. Ut puta, servus est dotalis : potest habere Peculium, quod ad me respiciat; potest et quod ad mulierem. Nam quod ex re Mariti quæsiit; vel ex operis suis, id ad maritum pertinet. Et ideo si respecto Mariti heres sit iostitutus, vel ei legatum datum; id eum noo debere restituere, Pomponius scribit. Si igitur mecum agatur ex eo contractu qui ad me respicit; utrum omne deducam qnodquod debetur mihi, sive ex mea causa, sive ex ea quæ ad uxorem respicit : an vero separamus causas quasi in duobus peculiis; ut et causa debiti quod petitur, spectetur? Ut si quidem ex eo peculio agatur quod ad mulierem spectat, id deducam quod ex eo contractu debeatur; si ex eo contractu qui ad me respicit, meum deducam? Quæ quæstio dilucidius est in fructuario tractata : utrum ex eo demum contractu potest De Peculio conveniri quod ad se pertinet, an ex omni? Et Marcellus etiam fructuarium teneri scribit, et ex omni contractu : eum enim qui contrahit, totum servi Peculium, velut patrimonium, intoitum. Certe (7) illud eoim modo admittendum dicit : ut priore convento ad quem res res-

(1) Id est, meritus omissa actione *Rerum amotarum* adversus illam, potest eo nomine patrem *De Peculio* quatenus locupletior factus est, convenire.

(2) Scilicet ædes peculiares quarum nomine damni infecti cautio petitur, et Vicarium cujus nomine noxaliter agitur.

(3) *Abducit* ad Vicarium, *possidet* ad ædes refer.

(4) Nec obstat quod ex Velleiano non possit obligationi alterius accedere. Nam hoc ita, nisi in rem suam obligetur : porro in rem suam obligatur quæ obligatur ex causa peculii quod ad ipsam pertinet, et in ipsius bonis est.

(5) Vid. supra N. 6.

(6) Id est, ut quis actione *De Peculio* teneatur non tam spectatur an sit dominus servi, quam an eum aliquo jure possideat unde aliquod Peculium ad ipsum pertineat.

(7) Supple : sententia quidem Marcelli indistincte non obtinet. *Certe, etc.*

picit; in superfluum is cui quæsitum non est, conveniatur. Quæ sententia probabilior est et a Papiniano probatur : quod et in duobus bonæ fidei emptoribus erit dicendum. Sed in marito melius est dicere, simpliciter eum De Peculio teneri (1).

Sin autem maritus hujusmodi servi nomine, aliquid præstiterit : an adversus mulierem agentem dotis nomine deducere id possit? Et ait, si id quod creditori præstitum est, ad utriusque generis Peculium pertinebit, pro rata utrique peculio decedere debere. Ex quo intelligi potest, si ad alterum Peculium contractus pertinebit, modo soli uxori detrahi, modo non detrahi, si ad id Peculium pertinuit contractus quod apud maritum recedit. *l.* 19. § 1. Ulpian. lib. 29. ad Ed.

§ 2. *Exponitur Edictum* : Quando De Peculio actio annalis est.

XXXVI. *Vidimus quemlibet ad quem aliquod Peculium pertineat, posse De Peculio conveniri.*

Sed et illi qui filium aut servum in potestate habere desierunt, heredesve eorum, quamvis non sit amplius proprie Peculium quod ad ipsos pertineat, tamen de eo quod Peculium fuit et apud eos remansit, conveniri possunt; sed intra annum duntaxat.

Hac de re extat Edictum Prætoris, cujus hæc sunt verba. Prætor ait : « Post mortem ejus qui in » alterius potestate fuerit posteave quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit; duntaxat *De Peculio* : et, si quid dolo malo ejus in » cujus potestate est, factum erit quominus peculii » esset, in anno quo primum de ea re experiundi » potestas erit; judicium dabo ». *l.* 1. *ff. Quando De Peculio actio.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

Igitur, Definitione peculii interdum utendum est, etiamsi servus in rerum natura esse desiit; et actionem Prætor De Peculio intra annum dat. Nam et tunc et accessionem et decessionem quasi peculii recipiendam; quanquam jam desiit morte servi vel manumissione esse Peculium : ut possit ei accedere ut peculio fructibus, vel pecorum fetu ancillarumque partubus; et decedere, veluti si mortuum sit animal, vel alio quolibet modo perierit. *l.* 3. *d. tit.* Pompon. lib. 4. ad Q. Mucium.

Hoc Edicti caput fusius exponendum est.

XXXVII. *Ex Primo Edicti capite* Quandiu servus vel filius in potestate est, De Peculio actio perpetua est.

Post mortem autem ejus (2), vel postquam emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit; temporaria esse incipit, id est annalis. *sup. d. l.* 1. § 1. *d. tit.*

Merito autem temporariam in hoc casu refert Prætor actionem. Nam cum morte vel alienatione extinguatur Peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem. *d. l.* 1. § 3. *d. tit.*

Annus autem utilis computabitur. Et ideo etsi conditionalis sit obligatio, Julianus scripsit, Ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit conditione existente. *d. l.* 1. § 2. *d. tit.*

XXXVIII. *Ita demum annalis est actio ex hoc Edicto, nisi ea sit actionis species quæ breviori spatio finiatur.*

Hinc Paulus : Cum post mortem filiifamilias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio : ideo (3) si ex causa redhibitionis erat De Peculio actio, sex mensium erit post mortem filii. Idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus. *l.* 2. *d. tit.* Paul. lib. 30. ad Ed.

XXXIX. *Ait Prætor* Posteaquam emancipatus manumissus, alienatusve fuerit.

In Alienatione accipitur utique venditor qui actione De Peculio intra annum tenetur. *sup. d. l.* 1. § 5. *d. tit. Quando de pec.*

Sed etsi donavit servum, vel permutavit, vel in dotem dedit, in eadem causa est. *d. l.* 1. § 6.

Alienatio autem et Manumissio ad servos pertinet, non ad filios.

Emancipatio vero ad solutum filium : sed etsi alio modo sine emancipatione desierit esse in potestate (4); annalis erit actio. *d. l.* 1. § 4.

Item ait : Post mortem ejus qui in alterius potestate fuerit. Mors autem tam ad servos quam ad filios refertur. *d.* § 4.

Sed et si morte patris vel deportatione sui juris fuerit effectus filius; De Peculio intra annum heres patris, vel fiscus (5) tenebuntur. *d.* § 4.

Similiter heres domini libertate servo testamento relicta, intra annum tenetur : ita ut, si ipse servus fuerit liber et heres institutus, ipse hac annali actione teneatur; ut supra obiter vid. N. 19.

Igitur ad hoc Edictum pertinet is qui servum vel filium in potestate habere desiit, aut heres ejus. Non idem de eo qui jus habet duntaxat in suspenso : hinc Si servus cui creditum est, apud hostes sit, De Peculio actio in dominum non anno finienda est, quandiu post liminio reverti potest. *sup. d. l.* 2. § 1. *d. tit. Quando de pec.*

Quæcunque autem de domino diximus, trahe et ad fructuarium et ad bonæ fidei possessorem. Nam

(1) Ratio est quod constante matrimonio, utriusque peculii sit dominus.

(2) Ex secundo hoc capite quod hic exponitur.

(3) Id est, sicut annua est actio post mortem filii, quæ eo vivo perpetua esset : ita si temporalis erat eo vivo, V. G. *Redhibitoria* quæ sex mensium est; post ejus mortem non annua erit, sed ejus demum temporis quod ex sex mensibus supererit. Et sic de cæteris.

(4) Puta si fuerit flameo Dialis.

(5) Ad quem ex publicatione bonorum patris pervenit Peculium. Objicies quod dicitur in l. 3. § 4. ff. *de Minorib.* Publicatis ob debitum patris bonis, *separari filio Peculium ipsius* ex constitutione Claudii. Ita quidem quum ob debitum publicantur; verum hæc constitutio non porrecta est ad casum quo ob crimen publicantur.

Usufructu quoque extincto; intra annum actionem dandam in usufructuarium, Pomponius libro 61 scripsit. *sup. d. l.* 1. § 9. *d. tit.*

XL. *Interdum dubitari potest num hoc quod Peculium fuit, apud aliquem remansisse videri debeat; ut hac actione intra annum teneri possit.*

V. G. Sed si quis servum ita vendidit ut pretium pro peculio acciperet; penes eum videtur esse Peculium ad quem pretium peculii pervenit. *l.* 33. JAVOLEN. LIB. 12. EX CASSIO.

Non penes quem res peculiaris sit. *l.* 34. POMPON. LIB. 12. EX VARIIS LECTION.

Secus si pretium expresse pro peculio constitutum non est. Unde Venditor servi si cum peculio servum vendidit, et tradiderit Peculium; ne intra annum quidem De Peculio convenietur. Neque enim hoc pretium servi, Peculium est; ut Neratius scripsit. *l.* 32. § 2. ULP. LIB. 2. DISPUT.

XLI. *In casu peculii legati, ex Sabinianorum sententia* Quum heres jussus est Peculium dare accepta (1) certa summa, non videtur penes heredem esse Peculium. *l.* 35. JAVOLEN. LIB. 12. EX CASSIO.

Ab hac autem Sabinianorum sententia dissentiunt Proculeiani; qui subtili ratione volunt Peculium quod heres ex causa legati tradidit, intelligi apud ipsum remanere, etiam eo casu quo nihil accipere jussus esset.

Ita ex eorum sententia Ulpianus : tenetur quidem, inquit, De Peculio intra annum, Heres ejus qui servum legavit, non cum peculio. Nam si cum peculio vel legavit, vel liberum esse jussit; quæstionis fuit? Et mihi verius videtur, non dandam neque in manumissum (2), neque in eum cui legatum sit Peculium, De Peculio actionem. An ergo teneatur heres? Et ait Cæcilius, teneri : quia Peculium penes eum sit, qui tradendo id legatario, se liberavit (3). *l.* 1. § 7. *ff. Quando de pecul.* ULP. LIB. 29. AD ED.

Nota : Pegasus autem, caveri heredi debere ait ab eo cui Peculium legatum sit; quia ad eum veniunt creditores. Ergo si tradiderit sine cautione, erit conveniendus (4). *d.* § 7.

XLII. *Abunde liquet ex hactenus dictis qui teneantur hac* De Peculio *annali actione.*

Observandum autem quod Si servus alienatus sit; quamvis in eum qui alienaverit, intra annum Prætor De Peculio actionem polliceatur; tamen nihilominus et in novum dominum actio datur. Et nihil interest aliud apud eum acquisierit. Peculium; an quod pariter cum eum emerit vel ex donatione acceperit, eidem concesserit. *l.* 27. § 2. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

XLIII. Illud quoque placuit quod et Julianus probat; omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere, vel cum uno in solidum. *d. l.* 27. § 3.

Diversum tamen Proculeianis placuisse refert Paulus (5). *Ita ille :* Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus; competere in reliquum in venditorem utile (6) judicium, Proculus ait : sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur. Satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore judicio in alterum detur ei actio, quum electo emptore minus esset consecutus. Et hoc jure utimur. *l.* 47. § 3. PAUL. LIB. 4. AD PLAUT.

Quæ diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit; ut legato, dotis datione : quia quasi patrimonium liberi hominis, Peculium servi intelligitur ubicumque esset. *d. l.* 47. § *fin.*

Denique idem dicendum apud quoscumque diversa ejusdem servi peculia sint : puta, si apud plures servi communis dominos.

XLIV. *Observa id quod dictum est, creditori qui adversus unum De Peculio egit, superesse adversus cæteros apud quos ejusdem servi peculia sunt actionem, benigne receptum esse. Nam si strictum jus spectes* Si ex duobus vel pluribus heredibus ejus qui manumisso servo, vel libero esse jusso, vel alienato, vel mortuo, intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus; omnes heredes liberantur. Quamvis non in majorem quantitatem ejus peculii quod penes se habet qui convenitur condemnetur. Idque ita Julianus scripsit. Idemque est etsi in alterius rem fuerit versum. Sed etsi plures sint fructuarii, vel bonæ fidei possessores; unus conventus cæteros liberat; quamvis non majoris peculii quam penes se est, condemnari debeat. Sed

(1) Non quasi pretium peculii, sed figura conditionis. Nam si quasi pretium, ipsi Sabiniani faterentur apud ipsum videri esse Peculium; ut supra l. 33. Ex Javoleno qui erat Sabinianus.

(2) Contra Julianus, ex Sabinianorum sententia. Vid. l. 1. § 10. ff. *de Dote Prælegata.*

(3) Hæc est subtilis Proculeianorum ratio : heres, inquiebant, qui Peculium ex causa legati legatario tradidit, se hoc ipso liberavit obligatione qua erga legatarium tenebatur In tantum autem quis locupletior est, in quantum se liberat [Unde et apud nos illud adagium : *Qui s'acquitte s'enrichit*] Ergo hoc ipso adhuc peculii quantitatem apud se habere videtur, postquam illud tradidit, quia in tantum obligatione qua tenebatur liberatus est.

(4) Condictione *Indebiti* quasi plus debito solverit. Nam tradendo Peculium non deducto eo quod creditoribus hujus peculii solvere tenetur, plus solvit; cum Peculium non æstimetur nisi deductis oneribus.

(5) Hoc dissidium frustra sibi dissimulat Pacius, dum sententiam Juliani modo relatam ex l. 27. § 3. ad sententiam Proculi mox subjiciendam trahere tentat. Nam in d. l. 27. § 3. Verbum *omnimodo* evidenter demonstrat sententiam Juliani esse ut simul *cum singulis in partes agere* liberum sit creditori; non vero ut creditor qui cum uno egit, ita demum [Juxta Proculi sententiam in l. 47. § 3. mox infra] agere possit cum altero, postquam exegerit a priore et minus fuerit consecutus Quare hic agnoscendum evidens dissidium Sabinianos inter et Proculeianos.

(6) Nam contra strictam Juris rationem datur. Vid. N. seq.

licet hoc jure contingat, tamen æquitas dictat judicium in eos dari qui occasiona juris liberantur; ut magis eos perceptio, quam intentio liberet. Nam qui cum servo contrahit, universum Peculium ejus quod ubicumque est, veluti patrimonium intuatur. *l.* 32. Ulp. lib. 2. disput.

In hoc autem judicio licet restauretur præcedens (1), tamen et augmenti et decessionis rationem haberi oportet. Et ideo sive hodie nihil sit in peculio, sive accesserit aliquid, præsens status peculii spectandus est. Quare circa venditorem quoque et emptorem hoc nobis videtor verius, quod accessit peculio posse nos ab emptore consequi : nec (2) retrorsum velut in uno judicio, ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit. *d. l.* 32. § 1.

XLV. *Observat etiam Ulpianus :* Si annua (3) exceptione sit repulsus a venditore creditor, subveniri ei adversus emptorem debet (4). Sed si alia (5) exceptione; hactenus subveniri ei debet, ut deducta ea quantitate quam a venditore consequi potuisset, ab emptore residuum consequatur (6). *l.* 30. § 5. Ulp. lib. 29. ad Ed.

ARTICULUS II.

Cui actio De Peculio *possit competere.*

XLVI. *Actio* De Peculio *competit creditoribus qui cum filiofamilias aut servo contraxerunt aut quasi contraxerunt.*

Nec solum extraneis creditoribus; sed Interdum et ipsi fructuario adversus dominum datur actio De Peculio : ut puta si apud eum habeat Peculium; apud ipsum vero, aut nihil, aut minus quam fructuario debetur. Idem etiam contra eveniet (7). *l.* 19. § *fin.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

Obiter nota : Quamvis in duobus dominis sufficiat Pro socio vel communi dividundo actio : (*d.* § *fin.*) Nam inter se agere socii De Peculio non possunt (8). *l.* 20. Paul. lib. 30. ad Ed.

Nihil *autem* interest operas suas conduxerit servus a fructuario, an Pecuniam mutuam ab eo acceperit (9). Dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis; deducto eo quod servus peculii nomine, apud fructuarium habet. *l.* 37. § 3. ¶ *fin.* Julian.

XLVII. *Item qui servum alienavit, si postea creditor servi factus est, adversus novum dominum De Peculio agit; et quidem non deducto illo quod apud ipsum remansit.*

Hoc docet Africanus : Servo quem tibi vendideram, pecuniam credidi. Quæsitum est an ita mihi in te actio De Peculio dari debeat, ut deducatur id quod apud me ex eo remanserit? Quod quidem minime verum est. Nec intererit, intra annum quam vendiderim, an postea experiar : nam nec cætéris quidam qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur (10). In contrarium quoque agentibus mecum his qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id quod postea mihi debere cœperit. Ex quo apparat onus ejus peculii quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere. *l.* 38. § 3. Africán. lib. 8. quæst.

Contra Sed ipsi qui vendiderit servum, non putat Julianus de eo quod ante venditionem crediderit, cum emptore De Peculio agere permittendum (11). *l.* 27. § 4. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Sicut autem de eo quod ipse crediderim servo

(1) Id est, licet restauretur actio *De Peculio* qua quis jam egerat; tamen non status peculii qui tunc erat quum primum egit, inspiciendus est, sed præsens status; adeoque et augmenti et decessionis rationem haberi oportet. Quidam legunt *recedens;* sed male.

(2) Sensus est : nec debet actio *De Peculio* qua convenitur emptor, retrotrahi quasi unum judicium ad tempus quo conventus est venditor.

(3) Hac exceptione, quod agat post annum intra quem duntaxat actio *De Peculio* contra venditorem datur.

(4) Subveniri ei debet ut agat adversus emptorem, perinde ac si prorsus non egisset adversus venditorem; Non enim vere egit adversus venditorem is qui, quum egit, actiones amplius adversus eum non habebat.

(5) Puta *Pacti, jurisjurandi, etc.*

(6) Qui annua exceptione repulsus est, non videtur egisse : neque enim ei competebat actio, quæ tempore finita erat. Unde quasi nullatenus adversus venditorem egerit, nullatenus repelli debet quum agit adversus emptorem. Qui vero alia exceptione repulsus est, Jure egit; et agendo electionem consumpsit, adeoque repellendus est, si agat adversus emptorem : Non tamen omnimodo repellendus; sed intra quantitatem duntaxat quæ erat in peculio venditoris, et quam ab eo consequi potuisset, si exceptione non fuisset repulsus. Eatenus duntaxat ipsi adversus eum actio competebat; eatenus adversus ipsum egit, adeoque eatenus duntaxat lectionem consumpsit; eatenus igitur debet repelli, quum adversus emptorem agit.

(7) Scilicet ut dominus, quum in peculio quod apud ipsum est aut nihil aut minus est quam quod ipsi debetur, possit agere adversus fructuarium servi sui De Peculio quod apud fructuarium est.

(8) Cum sufficiat inter ipsos actio communi dividundo; ut mox dictum est in fine l. præced.

(9) Cujacius ad l. 118. *de Verb. oblig.* recte censet hæc restringenda esse ad eum casum quo servus a fructuario conduxisset aut mutuum accepisset nomine domini; ne adversetur dictæ legi 118. quam vid. infra lib. 44. *d. tit.*

(10) De Peculio quod apud venditorem remansit, non agitur nisi ex contractibus qui alienationem præcesserunt.

(11) Ant. Faber ad h. t. hanc rationem affert; quod aut, si retinuit Peculium servi quum vendidit, intelligitur sibi ex eo solvisse; aut, si servum cum peculio vendidit, sibi imputare debet quod non deduxerit ex eo quod sibi debebatur. Verum hæc ratio non sufficit : quid enim si servus qui venit, nullum Peculium habebat? Vera ratio est, quia ex contractu domini cum servo suo, nulla obligatio civilis vel honoraria nasci potest; ut videb. infra lib 44. tit. *de Oblig. et act.* nisi in speciali casu legis. l. 19. § 2. supra N. præced. quo casu scilicet servus apud fructuarium Peculium habebat eo tempore quo cum domino suo contraheret; cum enim hoc casu dominus intorri potuerit hoc Peculium, nascetur ei hoc casu actio *De Peculio.*

meo, non putat Julianus in emptorem alienato eo actionem mihi dari debere : ita et de eo quod servus meus servo meo crediderit, si is cui creditum fuerit alienatus sit, negat permitti debere cum emptore experiri. *d. l.* 27. § 7.

Sed etsi alieno credidero, eumque redemero, deinde alienavero; æque non putat mihi in emptorem dari debere judicium. *d. l.* 27. § 5.

XLVIII. *Sicut antiquo domino actio non superest de eo quod servus ante alienationem ipsi debebat, ita nec heredi ejus.*

Hinc in specie sequenti Scævola : Filiofamilias uni ex heredibus prædia prælegavit, ut instructa erant cum servis : hi servi domini debitores fuerunt. Quæsitum est, an cæteris heredibus adversus eum actio De Peculio competat? Respondit, non competere (1). *l.* 54. SCÆVOLA LIB. 1. RESP.

Item alibi : Uni ex heredibus prædia legavit, ut instructa erant cum servis et cæteris rebus, et quidquid ibi esset. Hi servi domino debitores fuerunt, tam ex aliis causis quam ex ratione Kalendarii. Quæsitum est an cæteris heredibus adversus eum pecuniæ ab his debitæ actio De Peculio competat? Respondit, non competere. *l.* 58. SCÆVOLA LIB. 5. DIGEST.

Secus si unus ex heredibus non hereditario sed proprio nomine creditor esset.

Unde Si quis servum testamento liberum esse jusserit, relictis heredibus his qui cum servo contraxerunt; possunt inter se coheredes vel (2) De Peculio agere : quia de eo quisque peculio quod apud eum esset, quolibet alio agente teneatur. *l.* 29. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROV.

XLIX. *Hactenus de antiquo domino et hujus herede. Novus autem dominus pro eo quod ipsi servus antequam illum compararet, debebat, potest cum antiquo domino annali actione De Peculio agere, deducto tamen suo peculio.*

Ita enim Paulus : Non tantum autem quivis creditor cum venditore ex antegesto agere potest, sed et ipse emptor; idque et Juliano videtur. Quamvis et deducere ipse potest adversus alium agentem; dum tamen id quod apud se habet, computet. *l.* 47. § 4. PAUL. LIB. 4. AD PLAUT.

Similiter Julianus : In venditorem autem duntaxat intra annum post redemptionem numerandum, de eo quod adhuc alieno crediderim, dandam esse mihi actionem existimat; deducto eo quod apud me peculii servus habebit. *l.* 27. § 6. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

SECTIO IV.

Quid contineat actio De Peculio, *et de hujus actionis effectu.*

L. *Non sicut ex causa noxali, ita quis De Peculio obligatur. Nam* Si dominus vel pater recuset De Peculio actionem, non est audiendus (3); sed cogendus est quasi aliam quamvis personalem actionem suscipere. *l.* 21. § 4. ULPIAN. LIB. 9. AD ED.

Actio autem De Peculio *hoc continet; ut quod actori a servo aut filiofamilias debetur, intra peculii quantitatem is ad quem Peculium pertinet præstare teneatur.*

Ut autem quidquid actione De Peculio *continetur, magis innotescat; videbimus* 1.° *An ejus duntaxat peculii quod est apud eum qui convenitur, ratio habeatur, an et cæterorum;* 2.° *Ad quod tempus referatur æstimatio quantitatis peculii intra quam condemnatio* De Peculio *fit, et quæ in æstimatione facienda computentur;* 3.° *Videbimus quæ deductiones fiant in ineunda peculii quantitate intra quam fit condemnatio;* 4.° *Quæremus an actori cavendum sit de futuro incremento peculii, quum minus est in peculio quam quod ei debetur;* 5.° *Agemus de quadam adjectione quæ actioni* De Peculio *inest, quum ex contractu bonæ fidei datur.*

ARTICULUS I.

An ejus duntaxat peculii quod est apud eum qui convenitur ratio habeatur, an et cæterorum.

LI. Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri. Est enim iniquum in plures adversarios distringi eum qui cum uno contraxerit.

Nec hujus duntaxat peculii ratio haberi debet quod apud eum cum quo agitur is servus haberet; sed et ejus quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur; cum possit rursus ipse judicio Societatis vel Communi dividundo, quod amplius sua portione solverit, a socio sociisve suis consequi (4).

Quod Julianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit Peculium; quia eo casu, solvendo quisque etiam socium (5) ære alieno liberare videtur. At si nullum sit apud alterum Peculium,

(1) Non affert rationem, quia in promptu est : nimirum dominus cui ex naturali servorum suorum obligatione nulla actio quæsita fuit, nullam actionem ad heredes suos eo nomine transferre potuit.

(2) Cujacius ita interpretator : possunt inter se coheredes agere; scilicet *Communi dividundo*, si Peculium commune habeant; vel *De Peculio*, si alter ex heredibus proprium Peculium haberet.

(3) Contra in actionibus noxalibus; liberum est domino non accipere judicium, si patiatur servum ab actore duci ut vid. S. lib. 9. Tit. de nox. act.

(4) Sed et potest actori has actiones mandare : et hoc ei sufficiet; ut videb. infra N. 55.

(5) Nam si apud socium meum fuit etiam aliquod Peculium, socius ille meus, debitor erat peculio tenus, et ego qui prior *De Peculio* conventus sum, illum hoc ære alieno liberavi : quapropter possum eo nomine agere *Pro Socio* vel *Communi dividundo*.

contra (1); quia nec liberare ullo modo ære alieno eum intelligitur. *l.* 27. § 8. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

LII. *Ita demum autem potest quis conveniri non solum ratione peculii hujus quod apud ipsum est, sed et hujus quod apud alterum est; si quam actionem habeat, qua possit hoc quod præstiterit, ab altero consequi.*

Hoc docet Julianus in specie sequenti. Servum communem quem cum Sempronio habebam, Titio vendidi antequam ejus nomine ageretur mecum De Peculio. Quæsitum est, si De Peculio [cum Titio (2) aut] eum Sempronio ageretur, an ejus peculii quod apud me esset, ratio haberi deberet? Dixi, Si cum Sempronio ageretur, nunquam rationem ejus peculii quod apud me esset haberi debere: quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod præstitisset eousequi posset (3). Sed et si cum Titio post annum quam vendidissem, ageretur; similiter non esse computandum Peculium quod apud me est: quia jam mecum agi De Peculio non posset (4). Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam hujus peculii rationem; postquam placuit, alienato homine, permittendum creditori et eum venditore et cum emptore agere. *l.* 37. § 2. JULIAN. LIB. 12. DIGEST.

Hinc etiam sequitur, Si eum ex parte herede domini vel patris agatur; duntaxat De Peculio condemnandum quod apud eum heredem sit qui convenitur (5). Idem et de in rem verso, pro parte (6); nisi si quid in ipsius heredis rem vertit. Nec quasi unum ex sociis esse hunc heredem conveniendum, sed pro parte duntaxat (7). *l.* 30. § 1. ULPIAN. LIB. 29. AD ED.

Sed si ipse servus sit heres ex parte institutus, æque eum eo agendum erit (8). *d. l.* 30. § 2.

Sin vero filius sit, quamvis ex parte institutus nihilominus in solidum actionem patietur (9). Sed si velit pro parte nomen coheredis redimere (10), audiendus est. Quid enim si in rem patris versum sit? Cur non consequatur filius a coherede, quod in patris re est? Idem est etsi Peculium locuples (11) sit. *d. l.* 30. § 3.

LIII. *Vidimus ità demum unum ex dominis posse conveniri De Peculio, etiam de eo quod est apud socium; si eo nomine actionem adversus socium de eo quod pro eo solverit, habere possit. Addendum est, eatenus eum Pro socio solvere teneri quatenus actio quam adversus eum habet efficax esse potest.*

Quare et si socio neque heres neque bonorum possessor extitisset; eatenus damnari debet is cum quo actum fuerit, quatenus Peculium apud eum (12) erit, et quantum (13) ex bonis consequi potest. *l.* 28. JULIAN. LIB. 11. DIGEST.

ARTICULUS II.

Ad quod tempus referatur æstimatio quantitatis peculii intra quam fit condemnatio; et quæ in ea facienda computentur.

LIV. *Æstimantur Peculium tempore rei judicatæ.*

Hinc Quæsitum est an teneat actio De Peculio, etiamsi nihil sit in peculio quum ageretur; si modo sit rei judicatæ tempore? Proculus et Pegasus, nihilominus teneri aiunt. Intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum, et in rem actionem, placuit. Quæ sententia et a nobis probanda est. *l.* 30. ULP. LIB. 29. AD ED.

Quod Si filius vel servus ejus nomine duntaxat

(1) Nam nil potero repetere ab altero; quia, cum apud me solum esset Peculium, solus ego *De Peculio* eram obligatus: solvendo igitur non liberavi ullatenus alterum qui non erat obligatus.

(2) Cujacius recte censet expungenda hæc verba *cum Titio, aut*, et legendum simpliciter *si De Peculio cum Sempronio ageretur*; ut ex his quæ sequuntur liquet.

(3) Nec enim *Communi dividundo* agere potest; cum, mecum qui partem meam alienavi, nulla amplius sit communio.

(4) Adeoque cum ego teneri desierim hujus peculii nomine quod apud me remansisset; non posset ille a me judicio *Empti* repetere quod eo nomine solvisset.

(5) Vid infra not. (7).

(6) Sensus est; si quid in rem patris vel domini versum sit, similiter singulos heredes quemque pro ea parte peculii quæ apud eos est conveniendos esse. Observandum autem hoc ita locum habere, quum adhuc actio *De Peculio* superest, nec anno finita est. Nam cum hoc casu actio *De in rem verso* [ut observat Cujacius ad l. 17. § fin. ff. *De in rem vers*] Sit una eademque actio cum actione *De Peculio*, cujus duntaxat quædam adjectio est; consequens est eadem observanda quæ in actione *De Peculio* observari diximus. Si tamen quod in rem versum est, excederet peculii quantitatem; pro eo quod excederet, unusquisque heredum pro hereditaria portione, non pro rata peculii quod apud ipsum esset, conveniretur: idemque obtineret si actio *De Peculio* anno finita esset.

(7) Quia scilicet actio *Familiæ erciscundæ* aut *Communi dividundo* inter eos coheredes non superest; qua quod unus præstitisset, a cæteris posset repetere, vel quia divisio jam facta est, adeoque his actionibus locus esse desiit; vel quia servus ille aut testamento manumissus aut legatus est.

(8) Annali actione, pro parte duntaxat peculii quæ apud eum est.

(9) Nam filius suo nomine civiliter tenetur ex suis obligationibus.

(10) Id est, si desideret mandari sibi actionem *De Peculio* quam creditor adversus coheredem habet.

(11) Etsi nihil in rem patris versum sit, modo Peculium solvendo sit. Nam si solvendo non esset, frustra inanem actionem adversus coheredem mandari sibi desiderasset.

(12) Id est, quatenus Peculium est apud eum qui convenitur.

(13) Et præterea damnari etiam debet ratione peculii quod apud ipsius socium erat; sed eatenus duntaxat, quatenus ex hujus bonis servare poterit quod pro eo solverit.

De Peculio actum est, ante finitum judicium decesserit, id Peculium respicietur, quod aliquis eorum, quum moriebatur habuit (1). *l.* 57. Tryphon. lib. 8. disp.

LV. *In conficienda autem peculii quantitate, omnes res quæ tunc in peculio extant, computantur et æstimantur: et quidem etiam nomina peculiaria, circa quæ tamen observandum est quod; de eo* Quod debetur servo ab extraneis, agenti de Peculio non omnimodo domious ad quantitatem debiti condemnaudus est: cum et sumptus in petendo, et eventus executionis possit esse incertus; et cogitanda sit mora temporis quod datur judicatis; aut venditionis bonorum, qoid si magis faciendum erit. Ergo si paratus sit actiones mandare, absolvetur. Quod enim dicitur, si cum uno ex sociis agatur, uuiversum Peculium computaudum, quia sit cum socio actio; iu eodem redibit, si actiones paratus sit præstare; et in omnibus quos idcirco teneri dicimus quia habent actionem, delegatio pro justa præstatione sit. *l.* 51. Scævola lib. 2. quæst.

LVI. *Computatur etiam in peculio, quod pater dominusve filio servove debet; imo et quod post mortem ejus, peculio ejus debere cœpit. Hinc recte Neratium arguit Paulus in specie sequenti:* Filiusfamilias togam emit. Mortuo deinde eo, pater ignorans et putaos suam (2) esse, dedicavit eam iu funus (3) ejus. Neratius libro 2 Responsorum ait, In rem patris versum videri (4). In actione autem De Peculio, quod in rerum natura non esset, uno modo æstimari debere; si dolo malo ejus quocum agatur, factum esset. Atquin (5) si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est; non nunc quo funerabitur, sed quo tempore emit. Fonus enim filii, æs alienum patris est. Et hoc Neratios quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit; negotium hoc (id est, sepulturam et funus filii) patris esse æs alienum, non filii. Factus est ergo debitor peculii, quamvis res non extet; ut etiam De Peculio possit conveniri: in quam actionem venit, et quod in rem versum est. Quæ tamen adjectio tunc necessaria esset, quum aouus post mortem filii excessit. *l.* 19. *ff. de In rem vers.* Paul. lib. 4. quæst.

LVII. Summa cum ratione etiam hoc peculio Prætor imputabit, quod dolo malo domini factum est, quominus io peculio esset.

Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit Peculium. Sed et si eum intricare Peculium in necem creditorum passus est; Mela scribit, dolo malo ejus factum. *l.* 21. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Dolo etiam minuisse Peculium dominus videtur in sequenti specie: Si posteaquam tecum De Peculio egi, ante rem jodicatam servum vendideris: Labeo ait, etiam ejus peculii nomine, quod apud emptorem quæsierit, damnari te debere: nec succurrendom (6) tibi. Culpa enim tua id accidisse, qui servum vendidisses (7). *l.* 43. Paul. lib. 30. ad Ed.

Dolo autem non minuit quum alteri solvit. Igitur Sed si alii solvit, non dubito de hoc qui non teneatur: quoniam creditori solvitur, et licet creditori vigilare ad suum consequendum. *sup. d. l.* 21. ¶ *fin.*

LVIII. Sive autem post judicium acceptum, sive ante, dolo factum sit, continetur officio judicis. *d. l.* 21. § 3.

Sed et si quis cum suspicaretur alium secum acturum, alio Peculium avertat; dolo non caret. *d. l.* 21. ¶ *sed etsi.*

Cæterum in dolo objiciendo temporis ratio habetur. Fortassis enim, post tempus De dolo actionis non patiatur dolum malum objici Prætor: quoniam nec De dolo actio post statutum tempus datur. *l.* 30. § 6. Ulp. lib. 9. ad Ed.

LIX. *Hujus autem personæ dolus præstatur, qui hac actione* De Peculio *convenitur.*

Quid autem Si dolo tutoris, vel curatoris furiosi vel procuratoris factum sit, an pupillus, vel furiosus, vel dominus De Pecolio conveniatur, viden-

(1) Ita tamen ut accessionom et decessionum naturalium ratio habeatur: puta, si fructus ex rebus peculiaribus nascantur, aut res aliquæ peculiares interierint: arg. l. fin. ff. *Quand. act. De Pecul. ann.* Vid. Ant. Fab. ad h. l.

(2) Ad ratiooes suas, non ad rationes peculii hanc togam pertinere.

(3) Veteres sepeliebantur togati.

(4) Neratius censebat competere quidem mercatori qui togam vendiderat filio, actionem de *in rem verso* adversus patrem; quia pater eam in suum negotium impenderat, sepultura enim filii, est negotium patris: cæterum, ut mox dicetur, credebat Neratius ea de re non competere huic mercatori actionem *De Peculio*, si nihil præter hanc togam superesset in peculio: nec enim [inquiebat] hæc toga computari potest in peculio, quæ consumpta supponitur et quidem bona fide.

(5) Hucusque Paulus sententiam Neratii retulit. Hic incipit eam notare; et quidem 1.° illum in eo notat, quod videatur dicere Neratius, tunc demum in rem patris versum, quum togam in funus impendit: imo, inquit Paulus, in rem patris versum est, ex quo filius togam emit: Nam si pater ei emere debuit; filius eam emendo, gessit negotium patris; 2.° Notat Neratium in eo quod negavit competere actionem *De Peculio.* Imo [inquit Paulus] competit: nam si toga esse desiit io peculio; est in peculio nomen patris; pater enim debitor factus est pretii togæ erga Peculium filii ex eo quod in negotium patris toga utiliter impensa sit; et hoc Neratius debebat agnoscere, cum ipse fateatur funus filii in quod impensa est, esse negotium patris.

(6) Ut pro eo duntaxat peculio quod apud te est, tenearis.

(7) Nam si eum non vendidisses; quod apud emptorem quæsivit, apud te quæsivisset; non debet autem factum tuum mihi nocere, ut quod adversus te unica actione persequebar, necesse habeam persequi adversus duas personas.

dum? Et puto, si solvendo totor (1) sit, præstare pupillum ex dolo ejus, maxime si quid ad eum pervenit (2). Et ita Pomponius libro 8 Epistolarum scribit. Idem et in curatore et procuratore erit dicendum. *sup. d. l.* 21. § 2.

Emptor autem ex dolo venditoris non tenebitur, nec heres, vel alius successor: nisi in id quod ad se pervenit. *d. l.* 21. § 2.

In heredem autem doli clausula in id quod ad eum pervenit fieri debet; ultra non. *sup. d. l.* 30. § *fin.*

Sed si ipse heres dolo fecit, solidum præstat. *l.* 31. PAUL. LIB. 30. AD ED.

LX. *Observandum superest quod*, Si semel ex ea causa (id est, quod dolo fecerit) dominus præstiterit De Peculio conventus, cæteris ex eadem causa nihil præstabit.

Sed et Si tantumdem servus ei debeat quantum dolo minuit, non erit condemnandus.

His consequens erit ut manumisso quoque vel alienato servo, ex causa etiam doli intra annum teneatur. *l.* 26. PAUL. LIB. 30. AD ED.

ARTICULUS III.

Quæ deductiones fiant, in ineunda peculii quantitate intra quam fit condemnatio.

§ 1. *Quorum creditorum æs alienum deducitur in ineunda peculii quantitate intra quam fit condemnatio.*

LXI. *Regula juris est*, Peculium deducto quod domino debetur computandum esse: quia prævenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. *l.* 9. § 2. ULP. LIB. 29. AD ED.

Quod de domino dicitur, idem dictum puta de quolibet qui actione De Peculio *convenitur servi alicujus nomine, etsi ipse dominus ejus non sit.*

Hinc Sed et creditor servi qui heres extitit domino ejus, deducit De Peculio quod sibi debetur, si conveniatur: sive libertatem servus acceperit, sive non. Idemque et si legatus sit pure servus (3). Nam quasi prævenerit, et ipse secum egerit, sic deducet quod sibi debetur si conveniatur; licet nullo momento dominium in manumisso vel legato pure habuerit et ita Julianus libro 12 Digestorum scribit. Certe si sub conditione servus libertatem acceperit, minus dubitanter Julianus eodem loco scribit, heredem deducere: dominus enim factus est. Ad defensionem sententiæ suæ Julianus etiam illud affert; quod si ei qui post mortem servi vel filii intra annum potuit conveniri De Peculio, heres extitero; procul dubio (4) deducam quod mihi debetur. *d. l.* 9. § 5.

LXII. *Non solum dominus deducit quod sibimetipsi debetur:* Huic definitioni Servius adjecit, et si quid his debeatur qui sunt in ejus potestate, quoniam hoc quoque domino deberi, nemo ambigit. *d. l.* 9. § 3.

Quid de eo quod servi vicarii ordinario debent, aut quod ipsis ordinarius? Distinguendum an vicariorum nomine creditores De Peculio agant cum domino: quo casu Sed et si quid non mihi (5), sed ordinario servo debent, deducetur De Peculio eorum quasi conservo debitum. *l.* 17. § *sed et si.* ULP. LIB. 29. AD ED.

Contra quum ordinarii nomine agitur: Id vero quod ipsis (6) debet ordinarius servus, non deducetur de Peculio ordinarii servi; quia Peculium eorum in peculio ipsius est. Et ita Servius respondit. Sed Peculium eorum augebitur opinor, quemadmodum si dominus servo suo debeat (7). *d. l.* 17. § *fin.*

LXIII. Præterea id etiam deducetur quod his personis debetur quæ sunt in tutela, vel cura domini vel patris, vel quorum negotia administrant: dummodo dolo careant (8); quoniam et, si per dolum Peculium vel ademerint vel imminuerint, teneantur (9). Nam (10) si semper prævenire dominus et agere videtur; cur non dicatur etiam hoc nomine cum secum egisse, quo nomine vel Tutelæ vel Negotiorum gestorum vel utili actione tenebitur? Nam (ut eleganter Pedius ait) ideo hoc minus in peculio est quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile dominum id concedere servo in Peculium habere quod sibi debetur. Sane quum ex cæteris causis ipsum a semetipso exegisse dicimus qui negotia vel tutelam geret; cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? Defendendum igitur erit, quasi sibi eum solvere, quum quis agere De Peculio conabitur. *d. l.* 9. § 4.

(1) Ita enim creditori subvenitur; nec pupillus damnum patietur qui a suo tutore indemnis fieri debet, et potest etiam ex hac causa creditori mandare actiones suas adversus tutorem.

(2) Quo casu hoc indubitatum est: neque enim debet lucrum sentire cum damno creditoris.

(3) Quibus casibus heres ille, servi cujus nomine convenitur nunquam dominus fuit; tamen *annali De Peculio actione* conventus, deducit quod sibi debetur.

(4) Eadem enim adhuc ratio militat; prævenisse enim et ipse mecum egisse intelligor.

(5) Domino.

(6) Vicariis scilicet.

(7) Sensus est; quemadmodum id quod debet dominus servo est pars peculii hujus servi; ita quod debet ordinarius vicariis est pars peculii vicariorum; porro peculia vicariorum sunt pars peculii ordinarii servi cujus nomine agitur.

(8) Id est, dummodo pater aut dominus non fecerit dolo, ut servus filiusve his obligaretur.

(9) Ergo et hoc casu teneri debent, perinde ac si servus filiusve hanc obligationem contrahendo, Peculium suum non diminuisset.

(10) Rationem affert cur dominus aut pater, quod his qui in sua tutela aut cura sunt debetur, deducere debeat.

LXIV. Non solum autem quod ei debetur qui convenitur, deducendum est; verum etiam si quid socio ejus debetur. Et ita Julianus libro 12 Digestorum scribit. Nam qua ratione in solidum alteruter convenitur, pari ratione deducere eum oportet, quod alteri debetur. Quæ sententia recepta est. *l.* 11. § *fin.* ULP. LIB. 29. AD ED.

Quia hoc casu etiam cum eo agi potest, penes quem Peculium non est. *l.* 13. JULIAN. LIB. 12. DIGEST.

Sed in emptore et venditore vera non est. Item in fructuario, et proprietario, et cæteris qui non sunt socii; et in domino, et in bonæ fidei emptore. Nam et Julianus libro 12 scribit; neutrum (1) horum deducere id quod alteri debetur. *l.* 13. ULPIAN. LIB. 29. AD ED.

Item quum testamento præsenti die servus liber esse jussus est; eum omnibus heredibus De peculio agendum est. Nec quisquam eorum amplius deducet, quam quod ipsi debeatur (2). *l.* 14. JULIAN. LIB. 12. DIGEST.

Item quum servus vivo domino mortuus est, deinde dominus intra annum plures heredes reliquit, et De Peculio actio, et deductionis jus scinditur. *d. l.* 14. § 1.

Sed si duo sint bonæ fidei possessores; adhuc dicendum erit, neutrum plus deducturum quam quod sibi debetur. Idemque et si duo sunt fructuarii; quia nullam inter se habent societatem; idem dicetur interdum et in sociis, si forte separata apud se peculia habeant, ut alter alterius peculii nomine non conveniatur. Cæterum si commune sit Peculium; et in solidum conveniuntur, et deducetur quod utrique debetur. *l.* 15. ULP. LIB. 29. AD ED.

Quis ergo casus est quo Peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat? Imprimis, si quis servis partem dimidiam vendiderit, nec Peculium ei concesserit (3). Deinde (4) si quis servo communi pecuniam vel res aliquas ea mente dederit, ut proprietatem eorum retineret, administrationem autem servo concederet, Marcellus notat: est etiam ille casus; si alter ademerit; vel si omni quidem modo concesserit dominus, sed in nominibus (5) erit concessio. *l.* 16. JULIAN. LIB. 12. DIGEST.

§ 2. *Quæ æris alieni species in deductionem veniat, et quando domino debitum videatur necne.*

Vidimus Peculium deducto eo quod domino cæterisve personis quas enuntiavimus debetur, computandum esse. Hic autem quærendum venit, quæ æris alieni species ad hanc regulam pertineat.

LXV. *Et* 1.° *Generaliter de eo quod servus domino debet. Ita Ulpianus:* Sive autem ex contractu quid domino debeat, sive ex rationum reliquis deducet dominus. *l.* 9. § 6. ULP. LIB. 29. AD ED.

Et quidem Si ignorante me servus meus negotia mea administraverit, tantidem debitor mihi intelligetur, quanti teneretur si liber negotia mea administrasset. *l.* 49. § 1. POMPON. LIB. 3. AD Q. MUCIUM.

LXVI. Quod servus meus pro debitore meo mihi expromisit, ex peculio deduci debet; et a debitore nihilominus debetur (6). Sed videamus ne credendum sit peculiare fieri nomen ejus, pro quo expromissum est? Paulus: Utique, si De Peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit (7). *l.* 56. PAUL. LIB. 2. AD NERAT.

LXVII. Sed et si quid dominus soluturum se servi nomine repromisit, deduci oportebit: quemadmodum si quid domino servus pro debitore expromiserat. Idem est et si pro libertate quid domino expromisit; quasi debitor domini sit effectus: sed ita demum, si manumisso eo (8) agatur. *l.* 11. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

Sed etsi ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit; æque deducetur. Sed est quæstionis utrum ipsa furti æstimatio, id est id solum quod domino abest: an vero tantum quantum si alienus servus commisisset, id est cum furti pœnis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti æstimatio sola (9) deducatur. *sup. d. l.* 9. *d.* § 6. ¶ *sed et si.*

Congruit quod ait Pomponius: Si opem ferente servo meo furtum mihi feceris; id ex peculio deducendum est, quominus ob rem subreptam consequi (10) possim. *l.* 4. § 4. POMPON. LIB. 7. AD SABIN.

(1) Quia neuter tenetur nisi de suo peculio, non De Peculio quod ad alterum pertinet.

(2) Quia non potest alter conveniri De Peculio quod apud alterum est cum non possit inter ipsos esse judicium *Communi dividundo*, utpote qui nullam servi communionem habeant.

(3) Apertum est hoc casu emptorem cui cum domino qui partem suam non vendidit is servus communis est, nihil habere in peculio ante emptionem quæsito.

(4) Secundus casus.

(5) Nam si alter ex dominis nomina debitorum suorum servo communi in peculio habere concesserit; cum nomina personam creditoris egredi non possint quantumvis plene ei concesserit: hæc nomina non fiunt communia, sed hujus domini manent.

(6) Nam debitor meus pro quo servus meus mihi expromisit, servo meo eo nomine *mandati* debitor esse incipit, et per servum mihi.

(7) Si deduxerit dominus quod ex hac causa expromisit ipsi; facit ut actio *Mandati* adversus debitorem pro quo servus expromisit quæsita, in peculio servi esse videatur.

(8) Nam si non manumisit, conditione non secuta servus non debet.

(9) Ratio est; quia inter dominum et servum sola obligatio naturalis consistere potest: Pœnæ autem ex Jure civili duntaxat debentur.

(10) A fure scilicet, qui servus meus opem tulit. Quod si a fure servare possim, nihil deducam ut infra N. 80.

Similiter Gaius : Constat heredem domini id quoque deducere debere quod servus, cujus nomine cum eo De Peculio ageretur, ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amovisset, consumpsisset, corrupisset. *l.* 27. § 1. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

LXVIII. Item deducetur De Peculio si quid dominus servi nomine obligatus est, aut præstitit obligatus. Ita, si quid ei creditum est jussu domini: nam hoc deducendum Julianus libro 12 Digestorum scribit. Sed hoc ita demum verum puto, si non in rem domini, vel patris quod acceptum est, pervenit : alioquin secum debebit compensare. Sed et si pro servo fidejusserit, deducendum Julianus libro 12 Digestorum scribit.

Marcellus autem in utroque, si nondum quidquam domino absit, melius esse ait præstare creditori; ut caveat ille, refusurum se, si quid præstiterit dominus hoc nomine coventus; quam ab initio deduci; ut medii temporis interusurium magis creditor consequatur. *sup. d. l.* 9. § 8.

Ergo Si Damni infecti ædium peculiarium nomine promiserit dominus; ratio ejus haberi debet : et ideo ab eo qui De Peculio agit, domino cavendum est. *l.* 22. POMPON. LIB. 7. AD SABIN.

LXIX. Sed *et* si De Peculio conventus dominus, condemnatus est; debebit de sequenti actione De Peculio deduci. Cœpit enim dominus vel pater, judicati teneri : nam et si quid servi nomine non condemnatus præstitisset, creditori etiam hoc deduceret. *sup. d. l.* 9. *d.* § 8. ¶ *fin.*

Si vero adhuc in suspenso est prius judicium De Peculio, et ex posteriore judicio res judicaretur; nullo modo debet prioris judicii ratio haberi in posteriore condemnatione : quia IN ACTIONE DE PECULIO OCCUPANTIS MELIOR EST CONDITIO. Occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit. *l.* 10. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

LXX. Si noxali judicio conventus dominus, litis æstimationem obtulerit ; De Peculio deducendum (1) est : quod si noxæ dederit, nihil est deducendum. *l.* 11. ULP. LIB. 29. AD ED.

LXXI. *Sed* Si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum deducere : non magis quam si se occiderit, vel præcipitaverit. Licet enim etiam servis naturaliter (2) in suum corpus sævire. Sed si a se vulneratum servum dominus curaverit, sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum ; quanquam si ægrum eum curasset, rem suam potius egisset. *sup. d. l.* 8. § 7.

LXXII. *In specie sequenti pendet ex eventu ratihabitionis, an servus domino debitor videri debeat, scilicet.*

Sed si a debitore dominico servus exegerit, an domini debitorem se fecerit quæritur? Et Julianus libro 12 Digestorum, non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset quod exactum est (3). Eadem et in filiofamilias dicenda erunt. Et puto veram Juliani sententiam. Naturalia enim debita spectamus in peculii deductionem. Est autem natura æquum; liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse (4). *l.* 11. § 2. ULP. LIB. 29. AD ED.

§ 3. *Cujus temporis æs alienum sibi debitum deducat qui* De Peculio *convenitur.*

LXXIII. *Qui* De Peculio *convenitur, deducit quod servus ipsi debere cœpit; sive ex quo dominus ejus factus est, sive priusquam dominus esset : ut passim vidimus.*

Non deducit quod ipsi debere cœpit postquam eum alienavit.

Hoc docet Paulus : Si servus deducto peculio venditus sit, procedit ut venditor et deductione uti possit : et, si post venditionem cœperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculium; quia non domino debet. *l.* 47. § 5. PAUL. LIB. 4. AD PLAUT.

§ 4. *An deductio fieri debeat etiam ejus quod debetur a vicariis eorum quorum nomine* De Peculio *agitur.*

LXXIV. Si servus meus ordinarius vicarios habeat ; id quod vicarii mihi debent, an deducam ex peculio servi ordinarii? Et prima illa quæstio est, an hæc peculia in Peculio servi ordinarii computentur. Et Proculus et Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarii sunt in peculio, ita etiam peculia eorum. Et id quidem quod mihi dominus eorum, id est, ordinarius servus debet, etiam ex peculio eorum detrahentur (5) ; id vero quod ipsi vicarii debent, duntaxat ex ipsorum peculio. *l.* 17. ULP. LIB. 29. AD ED.

Cui consequens est ut, si Sticho Peculium suum legatum sit, isque ex testamento agit ; non aliter cogetur id quod vicarius ejus testatori debet ralin-

(1) Quasi servus factus fuerit debitor erga dominum, ejus pecuniæ quam pro ipso hoc judicio præstitit dominus.

(2) *Naturaliter* hic accipe, ut interdum accipi docet Grotius [*de Jur. Bell. et Pac.* lib. II. cap. 12. § 26.] Id est, nulla ex tali facto obligatio naturalis nascitur ; ex his enim causis naturaliter obligatur servus domino, ex quibus civiliter obligaretur si liber esset. Cæterum male agit servus dum se vulnerat. Vid. l. 23. § 3. ff. *de Ædilit. Ed.* infra lib. 21.

(3) Nam si ratum non habeat ; servus non obligatur domino ratione ejus pecuniæ, cujus debitor est erga eum a quo illam exegit, quasi indebite exegerit.

(4) Eo casu quo dominus solutionem servo suo factam ratam ; cum is a quo servus exegit liberetur a creditore suo ; æquum est ut vicissim servus qui ab eo exegerat, et ei tenebatur quasi indebite exegisset, incipiat ab ipso liberari, et fiat domino suo debitor hujus pecuniæ quam exegit.

(5) Nam Peculium vicarii, est pars peculii ordinarii mei servi qui mihi debet.

quere, nisi is [id est] vicarius Peculium habeat. *l.* 18. PAUL. LIB. 4. QUÆST.

LXXV. Hinc quæritur, si ordinarii servi nomine actum sit De Peculio; an agi possit et vicariorum? Et puto non posse (1). Sed si actum sit de Peculio vicarii, agi poterit De Peculio ordinarii. *l.* 19. ULP. LIB. 29. AD ED.

Consonat quod ait Africanus : Stichus habet in peculio Pamphilum qui est decem : Idem Pamphilus debet domino quinque. Si agatur De Peculio Stichi nomine; placebat æstimari debere pretium Pamphili; et quidem totum, non deducto eo quod domino Pamphilus debet. Neminem enim posse intelligi ipsum in suo peculio esse. Hoc ergo casu damnum dominum passurum; ut pateretur; si cuilibet alii servorum suorum Peculium non habenti credidisset. Idque ita se habere evidentius appariturum ait, si Sticho Peculium legatum esse proponatur : qui certe, si ex testamento agat, congeodus non est ejus quod vicarius suus debet, aliter quam ex peculio ipsius, deductionem pati; alioquin futurum ut si tantumdem vicarius domino debeat, ipse (2) nihil in peculio habere intelligatur. Quod certe est absurdum. *l.* 38. § 2. AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

§ 5. *Adversus quos creditores* De Peculio *agentes, deductio fiat : et an in actionibus* De Peculio *habeatur ratio privilegiorum.*

LXXVI. *Deductiones quas faciendas esse diximus, fieri debent quantumvis privilegiata causa sit creditoris qui* De Peculio *agit. Hoc docet Paulus in specie sequenti.*

Ex facto quæritur : qui tutelam quasi liber administrabat servus pronunciatus est. An, si conveniatur ejus dominus a pupillo (cujus quidem portionem causam quam creditorum cæterorum servi habendam rescriptum (3) est ; an vel id deducatur ex peculio, quod domino debetur? Et si putaveris posse deduci, an intersit utrum, quum adhuc in libertate ageret domini debitor factus est ; an postea? Et an De Peculio impuberi competat ?

Respondi : Nullum privilegium præponi patri vel domino potest, quum ex persona filii vel servi De Peculio conveniuntur. *l.* 52. PAUL. LIB. 4. QUÆST.

Nec tamen interesse puto quando domino debere cœperit; utrum quum in libertatis possessione esset, an postea. Nam et si Titii servo credidero, ejusque dominus esse cœpero; deducam quod prius credidi, si conveniri De Peculio cœpero. *d. l.* 52. ❡ *nec tamen.*

LXXVII. *Quod attinet ad alteram quæstionem quæ obiter proponitur ; an huic impuberi actio* De Peculio *competat ? Si strictum jus spectes videtur non competere ; cum non quasi cum servo contractum sit.* Quid ergo est? Quia De Peculio actio deficit, utilis actio in dominum quasi tutelæ erit (4), ut, quod ille pro patrimonio habuit, Peculium esse intelligatur.

Aliter etiam impuberi subvenitur. V. G. Plane si ex re pupilli nomina fecit; vel pecuniam in arca deposuit; datur ei vindicatio nummorum ; et adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt (5). Hic enim alienare eos non potuit; quod et in quovis tutore dicendum est. *d. l.* 52. ❡ *plane si ex re.*

LXXVIII. *Vidimus nullum privilegium ejus qui* De Peculio *agit, præponi domino.*

Plane in cæteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum. Quid enim si filius dotem accepit, tutelam administravit? Merito igitur et in servo qui pro tutore egit, id rescriptum est : et quia occupantis melior solet esse conditio quam cæterorum, inhibebitur (6) actio. *d. l.* 52. ❡ *plane in cæteris.*

Et ibidem rursus : Si dos filiofamilias sit data, vel tutelam administraverit, habenda erit ratio privilegiorum in actione De Peculio : dilata interim cæterorum creditorum actione, vel interposita cautione (si priores agant qui privilegium non habent) RESTITUTUM iri quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii. *d. l.* 52. § 1.

§ 6. *Unde deducere possit quod sibi debetur is qui* De Peculio *convenitur.*

LXXIX. *Is qui* De Peculio *convenitur, deducere potest quod sibi debetur ex his quæ revera sunt in peculio ; non ex his quæ subtilitate tenus in eo sunt.*

Hinc Africanus : Si nuptura filiofamilias dotis nomine certam pecuniam promiserit (7); et divortio facto agat De dote cum patre : utrumne tota promissione, an deducto eo quod patri filius debeat liberari eam oporteret? Respondit, Tota promissione eam liberandam esse; cum certe, etsi ex promissione cum ea ageretur, exceptione Doli

(1) Nam quum deductum fuit in judicium Peculium ordinarii servi, deducta fuerunt et peculia vicariorum quæ hujus peculii pars sunt.

(2) Ordinarius.

(3) De quo re vid. tit. *de Tut. et rat. distr.* infra lib. 27.

(4) Ex rescripto D. Severi de quo in l. 1. § 2. ff. *de eo qui pro tut.* infra lib. 27.

(5) Si illi quibus illa falsus tutor, pecuniam pupilli mutuam dedit, eum nondum consumpserunt, datur pupillo hujus pecuniæ vindicatio : si consumpserunt, bona fidei consumptione reconciliator mutuum et datur pupillo *Condictio utilis* ex mutuo.

(6) Id est, differetur actio cæterorum creditorum, donec privilegiati suum consecuti fuerint. Differetur autem, quia si occuparent agere, melior esset occupantis conditio ; et sic inania fierent privilegia, quod esse non debet.

(7) Nec solverit.

mali tueri se posset (1). *l.* 38. § 1. AFRIC. LIB. 8. QUÆST.

§ 7. *Limitatio regulæ quam statuimus, eum qui De Peculio convenitur posse deducere quod sibi debetur.*

LXXX. Quod autem deduci debere diximus id quod debetur ei qui De Peculio convenitur; ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit (2). *l.* 11. § 6. ULP. LIB. 29. AD ED.

Denique Julianus scribit, venditorem, qui servum cum peculio (3) vendidit, si De Peculio conveniatur (4), non debere deducere quod sibi debetur. Potuit enim hoc ex ratione peculii detrahere, et nunc condicere quasi indebitum, quoniam non est in peculio quod domino debetur, potest, inquit, etiam ex vendito agere. Quod (5) ita erit probandum, si tantum fuit in peculio quum venderet, ut satisfacere debito dominus posset. Cæterum si postea quid accessit (6), conditionibus debiti existentibus (7), quod dominus non distraxerat (8); contra (9) erit dicendum. *d. l.* 11. § 7.

LXXXI. *Hoc tamen quod statuitur, dominum non deducere quod sibi debetur quum illud aliunde servare potest, non obtinet in specie sequentis quæstionis a Juliano propositæ. Ita enim* Idem scribit. Si quis servum cujus nomine De Peculio habebat actionem, comparasset; an possit deducere quod sibi debetur? Quoniam adversus venditorem habeat actionem De Peculio. Et recte ait, posse; nam et quivis alius potest eligere utrum cum emptore, aut cum venditore ageret. Hunc igitur eligere pro actione deductionem. Nec video quod habeant creditores quod querantur; cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio. *d. l.* 11. § 8.

§ 8. *An qui jam deduxit quod sibi debetur, possit illud iterum deducere, si ab alio actione* De Peculio *conveniatur.*

LXXXII. Est autem quæstionis, an id quod dominus semel deduxit quum conveniretur; rursus si conveniatur De Peculio eximere debeat: an vero veluti solutum ei videatur semel facta deductione? Et Neratius et Nerva putant, item Julianus libro 12 scribit, Si quidem abstulit hoc De Peculio, non debere deduci: si vero eamdem positionem peculii reliquit, debere eum deducere. *d. l.* 11. § 3.

Hinc idem Julianus Denique scribit, Si servus Vicarium quinque valentem in Peculium habuit, et domino quinque deberet pro quibus vicarium dominus deduxisset; et mortuo postea vicario alium ejusdem pretii servus comparaverit; non desinere domini esse debitorem, quasi vicarius ille domino decesserit: nisi forte quum eum servo ademisset, et sibi solvisset, tunc decesserit. *d. l.* 11. § 4.

Idem recte ait, Si, cum vicarius valeret decem, dominus conventus De Peculio quinque pro eo servo præstitisset quoniam quinque ipsi debebantur, mox vicarius decessisset. Adversus alium agentem De Peculio, decem dominum deducturum; quia et in eo quod jam pro eo solvit, debitorem servum sibi fecerit. Quæ sententia vera est; nisi servo ademit vicarium ut sibi solveret. *d. l.* 11. § 5. ULP. LIB. 29. AD ED.

ARTICULUS IV.

Quum minus quam quod actori debetur, in peculio invenitur; an in actione De Peculio *veniat ut caveatur de futuro incremento peculii.*

LXXXIII. Si semel actum sit De Peculio, quamvis minus inveniatur rei judicandæ tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii. Hoc enim in Pro socio actione locum habet, quia socius universum debet (10). *l.* 47. § 2. PAUL. LIB. 4. AD PLAUT.

ARTICULUS V.

De adjectione Doli quæ actioni De Peculio *inest, quum ex bonæ fidei contractu* De Peculio *agitur.*

LXXXIV. In bonæ fidei contractibus, quæstionis est; an De Peculio, an in solidum pater vel dominus tenerentur? Ut est in actione De dote agitatum; si filio dos data sit, an pater duntaxat

(1) Porro actio quæ exceptione perpetua excludi potest, subtilitate tenus existit; revera in bonis non est: non potest igitur pater hinc deducere quod sibi a filio debetur.

(2) Creditori enim servi succurri debet, quum dominus non læditur.

(3) Ita ut expresse pro peculio pretium constitueretur: Vid. supra N. 40.

(4) Ut potest *annali actione;* quia Peculium videtur habere qui hujus pretium habet: ut vid. d. loco.

(5) Quod ait, posse *Ex vendito agere* ad repetendum quod sibi debetur et quod omisit deducere quum servum cum peculio venderet, *Ita erit probandum, etc.*

(6) *Debito;* ut ex his quæ sequuntur probatur.

(7) Ant. Faber ad h. l. legit *exigentibus;* et hoc intelligit de accessione usurarum quæ post factam venditionem deberi cœperint.

(8) Ant. Faber, et ante eum Albericus, legunt *detraxerat.*

(9) Sensus est, non duodum actionem domino, ad omne id quod hodie debetur propter accessiones usurarum; sed sufficere ei ut habeat usque ad eam quantitatem quæ tempore venditionis debebatur.

(10) Quamvis non condemnetur, nisi intra quod facere potest. Pater autem aut dominus qui *De Peculio* conveniuntur, omnino nihil debent ultra id quod est in peculio.

De Peculio conveniretur? Ego autem arbitror non solum De Peculio, sed Et si quid præterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem. Nam si habeat res, nec restituere sit paratus; æquum est eum quanti ea res est, condemnari. Nam quod in servo cui res pignori data est, expressum est; hoc et in cæteris bonæ fidei judiciis accipiendum esse, Pomponius scripsit. Namque si servo res pignori data sit, non solum De Peculio, et In rem verso competit actio; verum hanc quoque habet adjectionem: Et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. Videtur autem dolo facere dominus qui, quum haberet restituendi facultatem, non vult restituere. *l.* 36. Ulp. lib. 2. disput.

LXXXV. *Huic autem adjectioni ita locus esse potest, si possit* De Peculio *agi; existatque aliquod Peculium. Ita in specie sequenti Africanus.*

Deposui apud filiumfamilias decem, et ago Depositi De Peculio. Quamvis nihil patri filius debet, et hæc decem teneat; nihilo magis tamen patrem damnandum (1) existimavit, si nullum præterea Peculium sit. Hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. Denique quolibet alio agente De Peculio, minime dubitandum ait computari non oportere. Itaque Ad exhibendum agere me, et ad exhibitam vindicare debere. *l.* 38. lib. 8. quæst.

SECTIO V.

An pluries De Peculio *ex eadem causa agi possit; et an actio mota adversus patrem aut dominum, obligationem filii aut servi consumat.*

LXXXVI. Is qui semel De Peculio egit, rursus aucto peculio, de residuo debiti agere potest. *l.* 30. § 4. Ulp. lib. 29. ad Ed.

LXXXVII. *Multo minus ipsam filii aut servi obligationem consumet actio* De Peculio *semel mota.*

Hinc Etiam postquam dominus de Peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo; qua ratione si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si judicium dictatum non fuisset; eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur: quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata (2) non est. *l.* 50. § 2. Papin. lib. 9. quæst.

(1) Actione *De Peculio*, quæ competere non potest quum nullum est Peculium.

(2) Dominus enim magis pro se judicium accepit quam pro servo: suam obligationem qua *De Peculio* tenetur, magis in judicium deduxit quam obligationem servi.

TITULUS II.

QUANDO DE PECULIO ACTIO ANNALIS EST.

Transfusus est in præcedentem Sect. 3. Art. 1. § 2.

TITULUS III.

DE IN REM VERSO.

I. Ex *hac secunda parte Edicti tenetur pater dominusve in omne quod ex contractu servi aut filiifamilias* In rem *suam* versum *est, etiamsi peculium non sufficiat.*

Hoc docet Alexander qui ita rescribit. Ex contractibus servorum quamvis De peculio duntaxat domini teneantur; de eo tamen quod In Rem eorum Versum est, vel cum institore ex causa cui præpositus fuit contractum est, etiam in solidum conveniri posse dubium non est. *l.* 2. *Cod. de institoria act.*

Idem docet Ulpianus: Si hi qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent vel habeant, non in solidum; tamen teneantur qui eos habent in potestate, si In Rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur. *l.* 1. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Quomodo autem peculium non sufficeret; cum ejus summæ quæ In rem *domini versa est, dominus debitor servo efficiatur; adeoque tanto plus sit in peculio servi?*

Objectioni statim ita respondet Ulpianus: Nec videtur frustra De In Rem Verso actio promissa, quasi sufficeret De peculio. Rectissime enim Labeo dicit, fieri posse ut et In Rem Versum sit, et cesset De peculio actio. Quid enim si dominus peculium

ademit sine dolo malo? Quid si morte servi extinctum est peculium; et annus utilis præteriit? De In Rem Verso namque actio perpetua est: et locum habet sive ademit sine dolo malo, sive actio De peculio anno finita est. *d. l.* 1. § 1.

Item si plures (1) agant De peculio: proficere hoc ei cujus pecunia In Rem Versa est, debet; ut ipse uberiorem habeat actionem. *d. l.* 1. § 2.

Circa hanc actionem quæremus, 1.° *Quando huic locus sit;* 2.° *Quandiu;* 3.° *Cui et adversus quem competat, et quid contineat.*

ARTICULUS I.

Quando locus sit necne actioni De In Rem Verso.

II. Regulariter dicimus totiens De In Rem Verso esse actionem, quibus casibus procurator Mandati, vel qui negotis gessit Negotiorum gestorum haberet actionem: quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem. *l.* 3. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Scilicet toties et eatenus actioni De In Rem Verso *locus est, quoties et quatenus ex contractu servus filiusve patrem aut dominum sibi naturaliter* Mandati *aut* Negotiorum gestorum *obligatum habet.*

Cum autem ut Negotiorum gestorum obligatio nascatur, ejus cujus negotium gestum est consensus aut ratihabitio non desideretur: hinc, quum servus hoc contractu negotium domini utiliter gessit, recte Pomponius Ait, Sive ratum habeat servi contractum dominus sive non, De In Rem Verso esse actionem. *l.* 5. § 1. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Item cum, ut obligatio Mandati Negotiorumve gestorum nascatur, hæc potissimum requirantur; negotium esse gestum, utiliter esse gestum, et animo obligandi eum ad quem pertinet: hinc ut ex contractu servi filiive actioni De In Rem Verso *locus sit, requiritur,* 1.° *Ut ex hoc contractu servus filiusve negotium aliquod patris aut domini gesserit;* 2.° *Ut utiliter illud gesserit;* 3.° *Ut animum obligandi patrem aut dominum habuerit.*

§ 1. *Oportere ex contractu servi aut filii, patris dominive negotium aliquod gestum esse.*

III. *Actioni* De In Rem Verso *locus est, non quoties ex contractu servi aut filii pater dominusve locupletior factus est; sed tantum quoties servus aut filius hoc contractu, patris aut domini negotium gessit.*

Hinc Ulpianus: Placet non solum eam pecuniam In Rem Verti, quæ statim a creditore ad dominum pervenerit; sed et quæ prius fuerit (2) peculio. Hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini (3) gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus: alioquin si servo peculium dominus adimat, vel si vendat eum cum peculio, vel rem ejus peculiarem et pretium exigat; non videtur In Rem (4) Versum. *l.* 5. § *fin.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

Nam si hoc verum esset; etiam antequam venderet rem peculiarem, De In Rem Verso teneretur. Quia hoc ipso quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret (5): quod aperte falsum est. *l.* 6. Tryphonin. lib. 1. disput.

Hinc Illud verum non est quod Mela scribit: Si servo meo argentum dederis ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit; esse tibi adversus me De In Rem Verso actionem, quoniam possum pocula vindicare (6). *l.* 7. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Hinc Ulpianus notat Labeonem qui Idem ait: Et si hereditatem a servo tuo emero quæ ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero; deinde hanc hereditatem abstuleris mihi; Ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim In Rem tuam Versum (7). Nam etsi hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem: licet nihil solvi, tamen consequi me Ex empto quod ad dominum pervenit. Ego (8) autem non puto De In Rem Verso esse actionem emptori; nisi hoc animo gesserit servus, ut In Rem domini Verteret (9). *d. l.* 7. § 4.

IV. *His quæ dicimus consonat distinctio Pom-*

(1) Alio exemplo ostendit utilitatem actionis *de In Rem Verso;* scilicet; si plures creditores Peculiares agant, et concurrant cum eo creditore cujus pecunia in rem domini versa est. Non posset is creditor per simplicem actionem *De peculio*, ferre plus quam partem peculii quod inter creditores una, agentes scindi debet: per hanc autem uberiorem actionem *de In Rem Verso*, reliquum ejus quod sibi debetur, quatenus In Rem Versum est, consequetur.

(2) Quum scilicet pecuniam quam in rationes peculiares mutuatus erat, mutato consilio in negotia domini erogat. Vid. infra N. 6.

(3) Non sufficit igitur ut ex re peculiari locupletior factus sit dominus; sed oportet ut ex eo locupletior factus sit, quod servus hanc in negotia domini erogaverit.

(4) Quamvis tamen his casibus dominus ex re peculiari fiat locupletior; et ratio dominica augeatur ex peculio, peculiive pretio in rationem dominicam converso.

(5) Nam vel hoc ipso locupletior sum, quod locupletius est peculium servi mei.

(6) Qui argentum suum servo meo dedit ut ex quovis argento pocula ipsi faceret, alienavit suum argentum: secus si convenisset, ut præcise ex suo argento pocula fierent. Cum ergo alienaverit suum argentum; adeoque hoc argentum seu pocula ex eo facta mea sint, possimque ea vindicare tanquam in peculio servi mei existentia: sequitur ex eo contractu me factum esse locupletiorem, cum hoc argentum acquisierim. Hinc Mela concludebat teneri me *De In Rem Verso* actione, sed male; nam servus meus negotium meum non gessit, sed negotium peculiare.

(7) Ita videbatur Labeoni, quia dominus locupletior factus est; utpote liberatus a creditoribus hujus hereditatis.

(8) Hocusque retulit sententiam Labeonis quam jam reprobat.

(9) Scilicet si hanc hereditatem, vendidit quasi ad rationes domini pertinentem, et hac in re negotium ejus gerens.

ponii qua sententiam Labeonis explicat. Videlicet Idem Labeo ait : Si servus mutuatus nummos a me, alii eos crediderit; De In Rem Verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est. Quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit; sed quasi dominicæ rationis : ex qua causa hactenus erit dominus obligatus ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus; procuratoremque eum faciat (1). *l.* 3. § 5. ULP. LIB. 29. AD ED.

Cui congruit quod Julianus scribit : Si a filio meo fidejussorem accepero, quidquid a fidejussore accepero, id me, non De In Rem Verso, sed De peculio actione Mandati præstaturum (2). Idem accipias et in servi fidejussore. Idemque, si alius mihi pro filio meo debitore solvisset. *l.* 3. § 7. *ff. de Peculio.* ULP. LIB. 29. AD ED.

Obiter nota : Quod si filius meus debitor non fuisset, exceptione Doli fidejussorem (3) usurum; et, si solvisset, condicturum scribit. *d.* § 7.

Hinc etiam Qui nummis acceptis servum manumisit, agi cum eo De In Rem Verso non potest; quia (4) dando libertatem locupletior ex nummis non fit. *l.* 2. JAVOLEN. LIB. 12. EX CASSIO.

Sed et Quod servus in hoc mutuatus fuerit ut creditori suo solveret, non erit In Rem Versum; quamvis actione De peculio liberatus sit dominus. *l.* 11. PAUL. LIB. 30. AD EDICT.

V. *Interdum dubitatur an servus negotium domini, an peculiare gesserit : ut quum ex pecunia quam mutuam accepit, solvit ei qui creditor erat tam rationis dominicæ quam rationis peculiaris. Hoc casu inspiciendum est ad quam rationem magis principaliter illud æs alienum pertineret; ut, si magis principaliter ad rationem dominicam pertineret, videatur servus negotium domini gessisse magis quam peculiare, et In Rem domini Vertisse.*

Hoc ab Ulpiano discimus. Ita ille : Pomponius Tractat an ex eventu possit In Rem patris filius vertere : Veluti si duo rei pater et filius fuerint; et filius mutuatus suo nomine solvat : vel si filio jussu patris credidisti, et filius creditum tibi solvisset? Mihi videtur; si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri In Rem Versum : quod si non (5) fuit, et suum negotium gerens filius solvit; non esse De In Rem Verso actionem. *l.* 10. § 10. ULP. LIB. 29. AD ED.

Et rursus : Si pro patre filius fidejusserit, et creditori solverit; In Rem patris videtur Versum, quia patrem liberavit (6). *d. l.* 10.

Idem Ulpianus ait : Si filiusfamilias constituerit quod pater debuit; videndum est, an De In Rem Verso actio dari debeat? Atquin non liberavit patrem, nam qui constituit, se quidem obligat, patrem, vero non liberat. Plane si solvat post constitutum; licet pro se videatur solvisse (hoc est, ob id quod constituit), In Rem Vertisse patris merito dicetur. *l.* 15. ULP. LIB. 2. DISPUT.

VI. *Observandum est, servum domini negotium gessisse videri; sive hoc ipsum quod ex hoc contractu accepit servus, in negotium domini erogaverit; sive aliud quod hinc comparatum sit.*

Quinetiam sufficit ut in negotium patris hoc erogaverit; quamvis, quum contraheret, aliud propositum haberet.

Hæc omnia docet Ulpianus. Ita ille : In Rem autem Versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit : (veluti si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit; aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit : sed et si erravit in solvendo, et putavit creditorem eum qui non erat, æque In Rem Versum esse Pomponius libro 61 ait, quatenus indebiti repetitionem dominus (7) haberet) : sive quum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit : (veluti si mutuatus sit pecuniam ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestem emendam) : sive peculiariter mutuatus, postea in rem domini vertit. Hoc enim Jure utimur ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini; esse De In Rem Verso actio possit. *l* 3. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

Contra vice versa. Sed si sic accepit quasi in rem domini verteret, nec vertit et decepit creditorem; non videtur versum : nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesset; vel calliditas servi noceret. Quid tamen si is fuit servus qui solitus erat accipiens vertere? Adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit; aut si, quum hac mente accepisset, postea alio vertit : curiosus igitur debet esse creditor quo vertatur (8). *d. l.* 3. § 9.

(1) Quod si servus fecisset nomen peculiare; non esset locus actioni *De In Rem Verso*, quamvis dominus sit locupletior peculio locupletiori facto.

(2) Quamvis enim pecunia quam fidejussor ex causa mandati mihi solvit, ad me pervenerit; tamen filius meus quum mandavit illi ut fidejuberet et mihi solveret, suum negotium gessit, non meum.

(3) Fidejussor ejus qui debitor non est, ipso Jure non est obligatus. Hic igitur *fidejussorem* accipe late, pro eo qui se tanquam reus principalis obligavit, sed sine causa.

(4) Igitur, præterquam quod servus hanc pecuniam in hanc rem mutuam accipiendo, suum, non domini negotium gessit; quæ sola ratio sufficit : illa tamen adhuc alia ratio accedit, quod ex ea dominus non sit factus locupletior.

(5) Si pecunia creditoris cujus pater et filius simul debitores erant, ad patrem pervenerat; hujus pecuniæ solutio principaliter spectat patrem qui hujus principalis debitor est. Filius ergo eam solvendo intelligitur gessisse principaliter negotium patris, adeoque erit locus actioni *De In Rem Verso :* secus si ita non fuisset, sed hæc pecunia ad filium pervenisset; filius enim qui hoc casu principalis debitor esset, eam solvendo magis suum quam patris negotium gessisset.

(6) Eumque eo nomine sibi naturaliter obligavit.

(7) Scilicet si dominus ratam habuerit hanc solutionem.

(8) Hac in re differt hæc ab *Institoria.*

§ 2. *Oportere ut utiliter gestum sit.*

VII. *Ita demum pater aut dominus filio servove Negotiorum gestorum nomine naturaliter obligatur, et consequenter ita demum actioni* De In Rem Verso *locus est, si filius servusve utiliter gesserit; id est, si illud patris dominive negotium gesserit quod aut necessarium erat, aut utile, aut saltem quod dominus paterve probaverit.*

Cui simile est quod Papinianus libro 9 Quæstionum scribit; Si filius quasi defensor patris judicium susceperit, et sit condemnatus; De In Rem verso teneri patrem. Namque filius eum judicio suscepto liberavit (1). *l.* 10. § 1. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Quare potest dici et, si De peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem De In Rem Verso usque ad peculii quantitatem: cujus sententiæ id erit emolumentum ut, si finita sit actio De peculio, De In Rem Verso conveniatur. Ego et ante condemnationem, post judicium patris nomine acceptum, De In Rem Verso patrem teneri puto. *d. l.* 10. § 3.

VIII. *Alia exempla afferuntur.*

1.° Illud plane verum est quod Labeo scribit, Si odores et unguenta servus emerit, et ad funus erogaverit quod ad dominum suum pertinebat; videri In Rem Domini Versum. *l.* 7. § 3. Ulp. lib. 29. ad Edict.

2.° Proinde si servus sumpsit pecuniam, ut se aleret, et vestiret secundum consuetudinem domini (id est, usque ad eum modum quem dominus præstare ei consueverat) In Rem videri domini Vertisse (2), Labeo scribit. Ergo idem erit et in filio. *l.* 3. § 3. Ulp. lib. 29. ad Ed.

3.° *Item in hac specie:* Pater pro filia dotem promisit, et convenit ut ipse filiam aleret. Non præstante patre, filia a viro mutuam pecuniam accepit, et mortua est in matrimonio. Respondi, Si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset; dandam De In Rem Verso utilem (3) actionem. *l.* 20. Scævola lib. 1. respons.

Et alibi rursus: Filiamfamilias duxit uxorem, patre dotem promittente; et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur. Maritus ei mutuos nummos dedit; cum juste putaret patrem ejus ministraturum tantum salarium, quantum dare filiæ suæ instituerat. Eos nummos illa in usus necessarios sibi, et in servos quos secum habebat, consumpsit. Aliquantum et, cum ei res familiares creditæ essent, ex pecunia mariti in easdem causas convertit. Deinde priusquam pater salarium expleret, moritur filia; pater impensam recusat: maritus res mulieris retinet. Quæro an De In Rem Verso adversus patrem actio competat? Respondit, Si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset; dandam De In Rem Verso utilem actionem. *l.* 21. Scævola lib. 5. digest.

4.° *Similiter* Si filiusfamilias in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem daret; pater ejus De In Rem Verso actione tenebitur: ipsi enim mortua in matrimonio puellæ repetitio dotis datur (4). *l.* 17. *ff. de Senatusconsulto Macedon.* Paul. lib. 2. sentent.

Pariter Ulpianus: Si filiusfamilias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit; In Rem Versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit. Quæ sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit ut patris negotium gerens. *l.* 7. § *fin.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

Et nihil interesse Pomponius ait, filiæ suæ nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natæ, dederit. Idem ergo dicemus, et si servus mutuatus fuerit; et domini sui filiæ nomine in dotem dederit. *l.* 8. Paul. lib. 30. ad Ed.

Si vero pater dotem daturus non fuit, In Rem patris versum esse non videtur. *l.* 9. Javol. lib. 12. ex Cassio.

IX. *Observandum est, quum quis in rem patris dominive impendit, in hoc differre impensam necessariam ab ea quæ duntaxat utilis erat; quod* Si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos; hactenus videri In Rem ejus Versum Pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit: quum si necessarias emisset, in solidum quanto vænissent teneretur (5). *l.* 5. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Nunquam autem plus videtur Versum quam res constitit.

Hinc Si fundum patri dominove emit servus vel filiusfamilias, Versum quidem esse videtur: ita tamen ut sive minoris sit quam est emptus, tantum videatur In Rem Versum quanti dignus sit; sive pluris sit non plus videatur In Rem Versum quam emptus est. *l.* 12. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

X. *Observandum etiam est, quum servus filiusve in causam necessariam contraxit,* In Rem Versum *videri, quamvis res perierit.*

Unde recte dicitur, Et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam, et in horreo dominico reposuit; et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit; videre Versum. *l.* 3. § 7. Ulpian. lib. 29. ad Ed.

(1) Negotium enim patris gessit, suscipiendo vice ejus judicium quod pater necesse habuisset suscipere; et eum ab hac obligatione liberando.

(2) Nam negotium domini est, et quidem necessarium, alere et vestire familiam.

(3) Cur *Utilis?* Forte quia in hac specie licet revera filia negotium patris gesserit, tamen dubitari potuit an habuerit animum gerendi negotium patris eumque sibi obligandi; adeoque an *In Rem* patris *Vertisse* videatur: porro quum dubitatur an directa actio competat, datur utilis; ut vid. tit. *Præscr. verb.* infra lib. 19.

(4) Quasi ab ipso profecta. Igitur ea in re videtur filius gessisse negotium patris.

(5) Nisi culpa sua tanti emisset, quum potuisset minoris emere.

Sed et si servum domino necessarium emisset, isque decessisset; vel insulam fulcisset, eaque ruisset; dicerem esse actionem De In Rem Verso. *d. l.* 3. § 8.

Similiter Africanus : Servus in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit : nihilominus posse cum domino De In Rem Verso agi, existimavit. Nam etsi procurator meus, in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdiderit; recte eum hoc nomine Mandati vel Negotiorum gestorum acturum. *l.* 17. Afric. lib. 8. quæst.

XI. *Hactenus de eo quod in res patri dominove necessarias aut utiles contractum est. Quod si in ea quæ magis ad voluptatem pertinerent; non aliter videbitur Versum, quam si pater dominusve hanc impensam probaverit.*

V. G. Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis, et quibusdam aliis quæ magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem; non videtur Versum : quia nec procurator hæc imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit; nec debere ex eo onerari dominum quod ipse facturus non esset.

Quid ergo est? Pati debet dominus creditorem hæc auferre, sine domus suæ videlicet injuria : ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id præstet. *sup. d. l.* 3. § 4.

Ubi autem voluntas domini accessit : Necnon illud quoque In Rem domini Versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriæ materiam; unguenta forte, vel si aliquid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministravit. Neque enim spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an in negotium domini. *d. l.* 3. § 6.

§ 3. *Oportere ut filius servusve habuerit voluntatem obligandi patrem aut dominum.*

XII. *Ita actioni* De In Rem Verso *locus esse potest, si filius servusve habuerit animum sibi naturaliter obligandi patrem aut dominum : non erit igitur huic actioni locus, si animo donandi fecit.*

Et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem; actio De In Rem Verso cessabit : et sunt ista vera. *l.* 7. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Plane si mutuum servus acceperit, et donandi animo solvit (1), dum non vult eum (2) debitorem facere peculiarem (3); De In Rem Verso actio est. *d. l.* 7. § 1.

Nemo *enim* potest mutare consilium suum in alterius injuriam. *l.* 75. *de Reg. Jur.* Papin. lib. 3. quæst.

Idem tractat Papinianus, et si quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus, et ita convenerim filium. Nam et hic De In Rem Verso fore actionem; nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat. *l.* 10. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XIII. *Ex regula quam statuimus sequitur etiam non esse locum actioni* De In Rem Verso, *quum filius servusve ex solvendi gratia ejus quod patri dominove deberet, in ejus negotium se obligavit aut erogavit : ut liquet ex specie sequenti.*

Quidam fundum colendum servo suo locavit, et boves ei dederat. Cum hi boves non essent idonei, jusserat eos vænire, et his nummis qui recepti essent alios reparari. Servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat; postea conturbaverat (4). Qui boves vendiderat, nummos a domino petebat actione De Peculio aut Quod In Rem domini Versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent. Respondit, Non videri peculii quidquam esse, nisi si quid, deducto eo quod servus domino debuisset, reliquum fieret : illud sibi videri, boves quidem In Rem domini Versos esse; sed pro ea re solvisse tantum quanti priores boves vænissent : si quo amplioris pecuniæ posteriores boves essent, ejus oportere dominum condemnari (5). *l.* 16. Alfen. lib. 2. digest.

Hinc Ulpianus : Si domini debitor sit servus, et ab alio mutuatus ei solverit; hactenus non vertit, quatenus domino debet : quod excedit, vertit. Proinde si quum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori ejus solverit, vel familiam exhibuerit; dicendum erit, De In Rem Verso in decem competere actionem : aut, si tantumdem debeat, nihil videtur versum. Nam (ut Pomponius scribit) adversus lucrum domini videtur subventum. *l.* 10. § 7. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Idem Ulpianus ait : Quod si servus domino quantitatem dederit ut manumittatur, quam a me mutuam accepit; in peculium quidem hanc quantitatem non computari : In Rem autem videri Versum si quid plus sit in eo quod servus dedit, quam est in servi pretio. *l.* 3. Ulp. lib. 29. ad Ed.

ARTICULUS II.

Quandiu sit actioni De In Rem Verso *locus.*

XIV. *Tandiu demum actioni* De In Rem Verso *locus est, quandiu ex gestu filii aut servi pater dominusve debitor manet.*

Et ideo sive debitor fuit domino quum in rem

(1) Creditori domini.

(2) Dominum.

(3) Hoc volebat quum mutuum accepit; nunc autem mutat consilium.

(4) Id est, prodegerat, dissipaverat.

(5) Intra pretium autem priorum bovum non tenetur dominus *De In rem verso*; nam servus boves posterius emptos rationibus dominicis intulerat magis animo exsolvendi quod domino ex pretio priorum boum debebat, quam eum obligandi : nisi forte in id quod pluris essent pretio priorum; adeoque non potest nisi eatenus videri versum.

verteret, nihil videri versum: sive postea debitor esse domino cœperit, desinere versum; idemque et si solverit ei.

Plus dicit *Pomponius*: et si tantumdem ei donavit dominus, quantum creditor solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum; si vero alias donavit, durare versum. *sup. d. l.* 10. *d.* § 7. *§ fin.*

Idem quærit: Si decem in rem domini vertit, et postea tantamdem summam a domino mutuatus sit; habeat præterea et peculium decem: videndum ait, utrum desiit esse versum; an vero quoniam est peculium unde trahatur debitum, De In Rem Verso non tollimus actionem; an potius ex utroque pro rata detrahimus? Ego autem puto sublatam De In Rem Verso actionem; cum debitor domini sit constitutus (1). *d. l.* 10. § 8. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Simili ratione nititur, quod definitur in specie sequenti: in qua plures essent creditores peculiares, quorum uni De In Rem Verso, *aliis* De peculio *duntaxat actio competeret.*

Etenim Certe si præventum sit ab aliquo et actum De peculio; De In Rem Verso actio an cesset, videndum? Et refert Pomponius Julianum existimare, De peculio actione perimi De In Rem Verso actionem; quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum, et pro servo solutum (2) est: quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum. Sed ita demum, si præstiterit ex actione De peculio dominus quod servus in rem ejus verterat; cæterum si non præstitit, manet actio De In Rem Verso. *l.* 1. § 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XV. *Vidimus* In Rem Versum *evanescere, si postea servus domino tantæ pecuniæ debitor fiat. Quocirca illud Pomponius* Quærit: si in rem tuam verterit, et debitor tuus factus sit, mox creditor ejusdem summæ quam tibi debuit; an renascatur De In Rem Verso actio, an vero ex post facto non convalescat? Quod verum (3) est. *l.* 10. § 9. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Igitur: Versum autem sic accipimus; ut duret versum. Et ita demum De In Rem Verso competit actio, si non sit a domino servo solutum, vel filio.

Si tamen in necem creditoris (4), id est, perdituro servo vel filio solutum sit; [quamvis solutum sit (5)] desinit quidem versum; æquissimum autem est De dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem. Nam et peculiaris debitor, si fraudulenter (6) servo solverit quod ei debebat, non liberatur (7). *d. l.* 10. § 6.

ARTICULUS III.

Cui, et adversus quem competat actio De In Rem Verso; *et quid illa contineat.*

§ 1. *Cui competat.*

XVI. *Hæc actio competit creditori servi aut filiifamilias qui in eam causam credidit ex qua In Rem patris aut domini Versum est; et quidem ei duntaxat qui principaliter in hanc causam credidit.*

Hinc Quamvis in eam rem pro servo meo fidejusseris, quæ ita contracta est ut in rem meam versaretur: veluti si, quum servus frumentum emisset quo familia aleretur, venditori frumenti fidejusseris: propius est tamen, ut De peculio eo nomine, non De in Rem Verso agere possis; ut unius duntaxat in quoquo contractu De In Rem Verso sit actio, qui id ipsum credidit quod in rem domini versum est. *l.* 18. Nerat. lib. 7. membran.

XVII. *Quid si duo in eamdem causam principaliter solidum singuli crediderunt? Ut in specie sequenti.* Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam, et nummi perierint: quis De In Rem Verso agere possit? Utrum creditor, an venditor? Puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem De In Rem Verso acturum, etsi vestis perierit: si autem non fuerit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia ut vestis emeretur; et pecunia perierit, vestis tamen familiæ divisa est; utique creditorem De In Rem Verso habere actionem. An et venditor habeat, quia res ejus pervenerunt in rem domini? Ratio hoc facit, ut teneatur: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. Proinde etsi tam pecunia quam vestis periit; dicendum erit utrique dominum teneri: quoniam ambo In Rem domini Vertere voluerunt. *l.* 3. *§ fin.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

Sed dicendum est, occupantis meliorem conditionem esse debere. Nam utrisque condemnari dominum De In Rem Verso, iniquum est. *l.* 4. Gaius. lib. 3. ad Ed. prov.

§ 2. *Adversus quem hæc actio competat.*

XVIII. *Competit hæc actio adversus patrem aut dominum in cujus rem versum est.*

Quid Si in rem alterius ex dominis versum sit: utrum is solus in cujus rem versum est, an et socius possit conveniri, quæritur? Et Julianus scribit; Eum solum conveniri in cujus rem versum est: sicuti quum solus jussit. Quam sententiam puto veram. *l.* 13. Ulpian. lib. 29. ad Ed.

(1) Unde fit ut compensatione extinguatur debitum quod ipsi dominus debebat.

(2) Dominus autem pro servo suo solvendo id quod *De peculio* actione fuerat condemnatus, tanti eum facit sibi debitorem; et sic compensatione extinguitur quod servo suo debuerat.

(3) Scilicet ut non convalescat.

(4) Animo eum fraudandi.

(5) Inclusa videntur expungenda.

(6) In fraudem creditorum servi.

(7) Effectu; quia per *Paulianam* restituitur ejus obligatio. Porro similis est dolus domini, qui sic fraudulenter servo suo solvit; debet igitur pariter ex hoc dolo teneri.

Marcellus autem ad Julianum notat : Interdum et propter hoc quod in rem alterius socii versum est, De In Rem Verso cum altero agi potest; qui conventus, a socio petere potest id in quo damnatus fuerit. Quid enim dicemus, si peculium servo ab altero ademptum fuerit (1)? Paulus : Ergo hæc quæstio (2) ita procedit, si De peculio agi non potest. *l.* 14. JULIAN. LIB. 11. DIGEST.

§ 3. *Quid contineat actio* De In Rem Verso.

XIX. *Actio* De In Rem Verso *hoc continet, ut quod creditori filii servive debetur, pater aut dominus solvere teneatur quatenus in rem suam versum est ; etiamsi nihil in peculio esset.*

IN REM autem VERSUM videtur, prout aliquid versum est. Proinde si pars versa est, de parte erit actio. *l.* 10. § 4. ULP. LIB. 29. AD ED.

XX. *Quum ex contractu vicarii, actione* De In Rem Verso *agitur ; non solum quod in rem domini versum est, hac actione continetur ; sed et quod versum est in rem ordinarii servi in cujus peculio est. Sed hoc continebitur duntaxat intra peculium hujus ordinarii, et intra tempus quo* De peculio *ejus ordinarii agi potest.*

Hoc docet Africanus. Ita ille : Cum Sticho vicario servi tui Pamphili contraxi. Actio De peculio et In Rem Verso ita dari debet, ut quod vel in tuam ipsius rem, vel in peculium Pamphili versum sit, comprehendatur : scilicet etiamsi mortuo vel alienato Sticho agatur. Quod si Pamphilo mortuo agam : magis est ut, quamvis Stichus vivat, tamen de eo quod in peculio Pamphili versum est, nonnisi intra annum quam is decessit, actio dari debeat. Etenim quodammodo De peculio Pamphili tum experiri videbor ; sicuti si, QUOD JUSSU ejus credidissem, experirer. Nec nos movere debet quod Stichus, de cujus peculio agatur, vivat : quando non aliter ea res in peculio ejus (3) esse potest, quam si Pamphili peculium maneat. Eadem ratio efficiet ut id quod in peculio Pamphili versum sit, ita præstari debere dicamus, ut prius ejus quod tibi Pamphilus debuerit deductio fiat ; quod vero in tuam rem versum fuerit, præstetur etiam non deducto eo quod Pamphilus tibi debet. *l.* 17. § 1. AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

XXI. *Circa hoc quod actione* De In Rem Verso *continetur, unum quærendum superest.*

Sed utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an et in usuras ? Et si quidem promisit usuras ; Marcellus libro 5 Digestorum scribit, dominum præstaturum. Sed si non sint promissæ, utique non debebuntur ; quia in stipulatum deductæ non sunt. Plane si contemplatione domini pecuniam dedi, non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens ; Negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri (4). *l.* 10. § 5. ULPIAN. LIB. 29. AD ED.

(1) Cujacius [Tract. ad African. ad l. 17.] censet legendum, *non fuerit :* et hunc legis sensum esse, quod si ademptum non est peculium ita ut ille ex dominis in cujus rem versum non est, possit conveniri actione *De peculio*, ratione peculii quod apud ipsum est ; teneatur in peculii computatione computare id quod In rem alterius domini versum est. Hoc enim naturale domini debitum erga servum continetur in peculio servi : nec fit injuria ei qui condemnatur ; cum possit id quod solverit repetere judicio *Communi dividundo* a socio quem liberavit ære alieno, et actione *de In Rem Verso* quæ adversus eum competiisset.

(2) Quæ proponitur et definitur in lege præcedenti, eo solo casu ita definienda est, quo *De Peculio* agi non potest adversus eum in cujus rem versum non est.

(3) Id est, vicarii. Sensus est : non potest in peculio vicarii remanere jus crediti quod vicarius habebat adversus ordinarium ; cum non supersit ullum ordinarii peculium, unde hoc quod vicario ordinarius debebat, possit exsolvi.

(4) Quum ego servi tui nomine cui pecuniam mutuam dedi, non possum petere usuras, nisi in stipulatum deductæ sint : quia contractus Mutui est stricti Juris. At cum ipse negotia tua gessi, usuras consequar : quia negotiorum gestio, est negotium bonæ fidei, ex qua citra conventionem debentur usuræ ut vid. supra lib. 3. tit. *de Neg. gest.*

TITULUS IV.

QUOD JUSSU.

I. A*n tertiam Edicti partem pervenimus.*

Actio QUOD JUSSU *quæ ex hac parte Edicti datur, competit ex contractibus servorum et filiorumfamilias, adversus patres aut dominos quorum Jussu contraxerunt, in omne in quod eorum Jussu se obligaverunt.*

Et Merito ex Jussu domini in solidum adversus eum judicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet. *l.* 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

Circa hanc actionem videndum est ; ex cujus contractu, ex cujus et ex quali Jussu huic locus sit ; adversus quem detur ; quid contineat ; et an actio De peculio*, si electa fuerit, eam consumat.*

§ 1. *Ex cujus contractu huic actioni locus sit.*

II. *Ex contractu ipsius servi aut filii, huic actioni Prætoriæ locus est.*

Quod si filius servusve nudum ministerium exhibuit, paterque aut dominus ipse contraxit; puta Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, jusserit servo filiove numerari: nulla quæstio est, quin ipsi condici possit. Imo, hoc casu De Jussu actio non competit(1). *l.* 5. PAUL. LIB. 4. AD PLAUT.

Cæterum tam ex filiæ et ancillæ, quam ex filii aut servi contractu, hæc actio datur. Igitur Si Jussu domini, ancillæ; vel Jussu patris, filiæ creditum sit; danda est in eos QUOD JUSSU actio. *l.* 2. § 1. PAUL. LIB. 30. AD ED.

§ 2. *Ex cujus Jussu huic actioni locus sit.*

III. *Non solum si ex Jussu patris aut domini; sed et* Si Jussu fructuarii erit cum servo contractum, item ejus cui bona fide servit: Marcellus putat, QUOD JUSSU dandam in eos actionem. Quam sententiam et ego probo. *d. l.* 1. § 8. ULP. LIB. 29. AD ED.

IV. *Is autem demum ex Jussu suo hac actione tenetur, qui ipse contrahendo posset obligari.*

Hinc Si pupillus dominus jusserit, utique non tenetur; nisi tutore auctore jussit. *d. l.* 1. § 7.

Cæterum Si domina (2) servo suo credi jusserit, actione Honoraria tenebitur. *l.* 25. *Ad Senatusconsultum Velleian.* MODEST. LIB. SING. DE EUREMATICIS.

V. *Neque solum si dominus cæterive ex quorum Jussu huic actioni locum esse diximus, ipsi jusserint; sed et si tutor curator, procuratorve eorum jusserit, huic actioni locus erit, quasi ipsi per tutoris, curatoris, procuratorisve sui ministerium jusserint.*

Hinc Si tutoris Jussu servo pupilli creditum sit; puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem QUOD JUSSIT tutor. *l.* 2. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Similiter Si curatore adolescentis vel furiosi vel prodigi jubente; cum servo contractum sit; putat Labeo dandam QUOD JUSSU actionem in eos quorum servus fuerit. Idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit; in ipsum potius dandam actionem; idem Labeo ait. *sup. d. l.* 1. § 9.

Nam et qui alieno nomine jubet, ex Jussu suo obligatur. Enimvero Si Jussu qui administrationi rerum civitatis præpositus est, cum servo civitatis negotium contractum sit: Pomponius scribit, QUOD JUSSU cum eo agi posse. *l.* 4. ULP. LIB. 10. AD ED.

Quod dicitur, in falsum procuratorem et in hunc Reipublicæ administratorem actionem dari, intellige de civili actione Mandati; *non de hac Prætoria actione* QUOD JUSSU, *quæ non datur ex Jussu extraneæ personæ.*

Enimvero Si Jussu meo cum alieno servo contractum fuerit, eumque postea redemero; QUOD JUSSU non tenebor: ne actio quæ ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur. *l.* 2. § 2. PAUL. LIB. 30. AD ED.

§ 3. *Quale Jussum huic actioni det locum.*

VI. Jussum autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu jusserit, sive generaliter. Et ideo et si sic contestatus sit, QUOD VOLES CUM STICHO SERVO MEO NEGOTIUM GERE PERICULO MEO: videtur ad omnia jussisse; nisi certa Lex aliquid prohibet. *l.* 1. § 1. ULP. LIB. 29. AD ED.

Sed ego quæro an revocare hoc jussum, antequam credatur, possit? Et puto posse: quemadmodum si mandasset, et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset, et me certiorasset. *d. l.* 1. § 2.

VII. Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse. *d. l.* 1. § 3.

Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur QUOD JUSSU. *d. l.* 1. § 4.

Cum autem ratihabitio mandato comparetur: Si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius, QUOD JUSSU actio in eos datur. *d. l.* 1. § 6.

VIII. Quid ergo si fidejusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri QUOD JUSSU: quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit, ideo quod tenetur ex causa fidejussionis; sed quia aliud est jubere, aliud fidejubere. Denique idem scribit, Etsi inutiliter fidejusserit, tamen eum non obligari quasi jusserit: quæ sententia verior est. *l.* 1. § 5. ULP. LIB. 29. AD ED.

Jussum et fidejussionem distinguunt etiam Diocl. et Maximianus, qui ita rescribunt: Si mandator pro filio tuo extitisti; vel Jussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est: intelligis et sorti et usoris te parere oportere, si te his omnibus obligasti: ut res quæ pignoris jure detinentur, liberari possint.

Quod si fidejussor creditæ pecuniæ intercessisti, teneri te ex ea obligatione explorati Juris est. *l.* 8. *Cod. Quod cum eo.*

IX. *Observandum quoque quod rescribunt Honorius et Theodosius, ex eo solo quod colono actorive curam possessionis quis commisit, non intelligi jussisse ut ei pecunia mutua in hanc rem daretur: nec etiam Commendatitias epistolas pro Jussu habendas.* l. 13. Cod. d. tit.

(1) Sed directa et civilis actio, qua proprio nomine pater aut dominus tenetur.

(2) Ratio dubitandi petitur ex Senatusconsulto Velleiano quo prohibebatur feminæ obligationi alterius accedere: quapropter in Tit. *ad Senatusconsultum Velleian.* infra lib. seq. dicitur feminam nec pro servo suo posse fidejubere. Ratio decidendi est quod in rem suam se obliget; cum pecunia quæ servo creditur, ipsi per servum acquirenda sit: quæ obligatio per Senatusconsultum non prohibetur. d. tit. N. 24. et seqq.

§ 4. *Adversus quem competat hæc actio; quid contineat; et an per actionem* De Peculio *perimatur.*

X. *Hæc actio competit adversus eum cujus Jussu filius ejus aut servus contraxit. Et quidem* Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur. Sed si duo jusserunt, cum quovis in solidum agi potest; quia similes sunt duobus mandantibus. *l.* 5. § 1. Paul. lib. 4. ad Plaut.

XI. *Hæc actio in solidum datur, ut initio Tituli diximus: cæterum non ultra id quod Jussu continetur.* *Unde dicendum est*, Dominum qui jussit semissibus uxoris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri quatenus jussit: nec pignoris obligationem locum habere in his prædiis quæ servus non ex voluntate domini obligavit. *l.* 3. Ulp. lib. 2. respons.

XII. *Regulariter* Is qui de peculio egit, quum posset Quod Jussu, in ea causa est ne possit Quod Jussu postea agere: et ita Proculus existimat. Sed si deceptus De peculio egit, putat Celsus succurrendum (1) ei. Quæ sententia habet rationem. *l.* 4. § *fin. ff. Quod cum eo.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

(1) An restituta ipsi actione *Quod jussu*, ut putat Accursius? An duntaxat per actionem *De dolo*, ut putat Faber ad h. l.?

APPENDIX AD LIBROS XIV ET XV.

Qui teneantur, necne, ex alieno contractu.

I. *Vidimus duobus libris superioribus, in quas personas ex alieno contractu detur actio. Nullus, præter illos, ex alieno contractu, quum ipse fidem suam non astrinxerit, nec successerit debitori, conveniri potest.*

Igitur Ex patroni vel domini contractu liberti vel servi conveniri non possunt. *l.* 5. *Cod. Ne filius pro patre.* Diocl. et Maxim.

Pariter: Patris nomine superstitis, filium nec munerum civilium, nec debiti causa, personali posse conveniri actione constat. *l.* 4. *d. tit.* Iidem.

Vice versa Neque ex ejus filii persona qui, quum sui juris esset, mutuam pecuniam accepit; pater ejus, si non fidem suam obstrinxit, conveniri potest. *l.* 1. *Cod. d. tit.* Gordian.

Sed nec mater pro filiis, nec uxor pro viro, aut vir pro uxore solvere cogi debent.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Cum te possessiones non in dotem pro filia tua dedisse, sed ad sustentandam eam extra dotis causam filiæ tuæ prædia assignasse proponas; civilium munerum vel onerum municipalium obtentu, ex persona mariti ejus (quomodo matres ex persona filiorum) interpellari non possunt (1): cum neque maritum pro uxoris obligatione conveniri posse constet, nisi ipse pro ea se obnoxium fecit. Certissimum enim est, Ex alterius contractu neminem obligari. *l.* 3. *Cod. Ne uxor pro marito.*

II. *Observandum superest has personas nec ideo conveniri posse quod jam aliquid solvere cœperint.*

Hinc iidem rescribunt: Cum te ideo ex persona filii tui commemores conveniri, quod pro debitis ejus aliquid intulisse videaris: defensionibus tuis uti apud eum, cujus super ea re notio est; minime prohiberis: ut is ad solutionem alieni debiti urgeri te non patiatur. *l.* 4. *Cod. d. tit.*

(1) Prædia quæ extra dotem filiæ tuæ dedisti, ex persona mariti ejus non possunt interpellari; quemadmodum matres ex persona filiorum non interpellantur.

LIBER DECIMUS-SEXTUS.

TITULUS I.

AD SENATUSCONSULTUM VELLEIANUM.

Quæ *fuerit ratio connexionis hujus tituli cum superioribus, fateor mihi non liquere; nisi forte instar sit Appendicis cujusdam ad actiones quæ ex alieno contractu dantur: quia scilicet, quemadmodum actio ex Edicto* Quod cum eo *non datur ex causa Mutui in filiumfamilias propter Senatusconsultum Macedonianum (de quo supra in fine libri XIV); ita ex causa Intercessionis non datur in filiumfamilias propter* Senatusconsultum Velleianum *quo mulieres quælibet aliis intercedere prohibentur.*

I. *Enimvero* Velleiano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminæ intercederent. *l.* 1. Paul. lib. 30. ad Ed.

Nam sicut moribus civilia (1) officia adempta sunt feminis, et pleraque ipso Jure non valent; ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. *d. l.* 1. § 1.

Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum Ne feminæ pro viris suis intercederent. *l.* 2. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Postea factum est Senatusconsultum (2) quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cujus Senatusconsulti verba hæc sunt.

QUOD Marcus Silanus et Velleius Tutor Consules (3) verba fecerunt de obligationibus feminarum quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oporteret, de ea re universi ita censuerunt. « Quod ad » fidejussiones et mutui dationes (4) pro aliis qui» bus (5) intercesserint feminæ, pertinet; tametsi » ante videtur ita Jus dictum esse (6), ne eo nomine » ab his petitio fiat, neve in eas actio detur, cum » eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obliga» tionibus obstringi non sit æquum: arbitrari Se» natum Recte atque ordine facturos, ad quos de » ea re in Jure aditum erit; si dederint operam ut » in ea re Senatus voluntas servetur ». *d. l.* 2. § 1.

Verba itaque Senatusconsulti excutiamus, prius Providentia Amplissimi Ordinis laudata: quia opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem multis hujuscemodi casibus suppositis atque objectis. *d. l.* 2. § 2.

Ut autem methodice hoc Senatusconsultum excutiamus; 1.° *Videbimus quando huic sit locus;* 2.° *De hujus effectu.*

SECTIO I.

Quando sit Velleiano locus.

Hanc Sectionem in duos Articulos dividam. In 1.° *Videbimus ad quas obligationes Senatusconsulti auxilium porrigatur.* 2.° *Ad quæ Senatusconsulti prohibitio non porrigatur.*

ARTICULUS I.

Ad quas obligationes Senatusconsulti auxilium porrigatur.

II. *Regulariter auxilium Senatusconsulti porrigitur ad omnes obligationes quas mulier in persona sua in rebusve suis pro alio contrahit.*

Et quidem ut rescribit Alexander, Senatusconsultum locum habet; sive eam obligationem quæ in alterius persona constitit, mulier in se transtulit; vel participavit; sive quum alius pecuniam acciperet, ipsa se ab initio rem constituit (7). Quod in

(1) Civilia *Officia* latius patent quam Publica: et hic *Officia civilia* dicuntur quæcumque rei domesticæ curam excedunt, et in cœtu vel conspectu virorum peragi solent. Ab his omnibus Officiis remotæ sunt feminæ: l. 2. *de Reg. Jur.* Vid. orationem Catonis apud Livium XXXIV.

(2) Velleianum scilicet: de cujus ætate hoc tantum constat, non esse ante tempora Claudii, nec post tempora Vespasiani; cum de eo responderit Cassius, ut constat ex l. 16. § 1. ff. h. t. qui Cassius sub Vespasiano obiit: l. 2. ff. *de Orig. Jur.*

(3) Hi Consules non inveniuntur in Fastis.

(4) Passive accipe, ut in l. 27. ff. *de Reb. creditis;* id est, quum mulier ab eo qui tibi mutuum erat daturus, velut interposita a te persona accipit.

(5) Legendum *pro quibus.*

(6) Nimirum interpretatione Prudentium et praxi Fori, Edicta Augusti quæ prohibebant ne pro viris suis mulieres intercederent, porrecta erant ad earum intercessiones pro aliis personis: quam interpretationem confirmavit Senatusconsultum Velleianum.

(7) Tres igitur Intercessionis species. Prima Quum mulier alienam obligationem jam contractam in se transfert; nimirum promittendo novandi animo quod alter debet. Secunda Quum mulier alicujus obligationi accedit; puta, fidejubendo pro eo, mandando ut cum eo contrahatur, etc. Tertia Species est quum obligationem quam quis nondum contraxit, sed erat contracturus, mulier vice hujus personæ contraxit.

rerum earum habitis pro aliis obligationibus (1) admissum est. *l.* 4. *Cod. h. t.*

In summa, sive se, sive res suas in rem alterius obliget, ex quacumque contractus specie, pro quacumque persona, et erga quemcumque creditorem; locus est Senatusconsulto: item sive directe intercedat, sive fraus Senatusconsulto facta sit.

§ 1. *Senatusconsulto locum esse, sive se, sive res suas mulier in rem alterius obliget.*

III. *Mulier non magis res suas, quam se in alterius rem obligare potest.*

Hinc Julianus recte scribit lib. 12 Digestorum, Mulierem quæ intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum, posse In rem actione petere. *l.* 39. § *fin. ff. de Rei Vindicat.* ULP. LIB. 17. AD ED.

Quia nullum pignus creditor vendidisse videtur. *l.* 40. *d. tit.* GAIUS LIB. 7. AD ED. PROVINC.

Hinc Gordianus rescribit: Si sciens (2) creditor a marito propter proprium debitum obligari fundum mulieris, licet ea consentiente, eum pignori accepit; propter Senatusconsulti auxilium, vendendo eum, dominium mulieri auferre nequit: nec tibi necesse est præstito pretio emptori vindicare, si matri heres extitisti. *l.* 7. *Cod. h. t.*

§ 2. *Senatusconsulto locum esse, ex quacumque contractus specie mulier pro alio intercedat.*

IV. Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur; sive verbis, sive re, sive quocumque alio contractu intercesserint. *l.* 2. § 4. ULP. LIB. 29. AD ED.

Hinc V. G. mulier intercedere videri potest, vendendo rem suam alieno creditori, ut pretium ipsi in solutum cedat.

Hoc docet Pomponius: Item si mulier creditori viri fundum vendidit, et tradidit ea (3) conditione ut emptor acceptam pecuniam viro referret; et hunc fundum vindicat: exceptio quidem opponitur ei de re empta et tradita, sed replicabitur a muliere, AUT SI EA VENDITIO CONTRA SENATUSCONSULTUM FACTA SIT. Et hoc procedit sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit. *l.* 32. § 2. POMPON. LIB. 1. SENATUSCONSULTORUM.

V. Sed et si mulier defensor alicujus extiterit, procul dubio intercedit. Suscipit enim in se alienam obligationem; quippe cum ex hac re subeat condemnationem. *l.* 2. § 5. ULP. LIB. 29. AD ED.

Item et si ex sua responsione ad interrogationem in Jure alienam obligationem suscipiat, intercedere videtur: et Senatusconsulto juvatur, nisi dolo fecerit.

Hinc Si mulier in Jure interrogata, responderit se heredem esse: si sciens se heredem non esse, responderit, minime intercessisse videri, quia decepit (4). Quod si existimavit se heredem et eo nomine decepta responderit, in eam actionem (5) quidem dari, plerique existimaverunt, sed exceptione Senatusconsulti adjuvari. *l.* 23. PAUL. LIB. SINGUL. AD SENATUSCONSULTUM VELLEIAN.

Similiter Si mulier intercedendi animo servum alienum (6) suum esse responderit; quasi intercesserit, auxilio Senatusconsulti utetur.

Plane si pro bona fide serviente sibi responderit, non videtur intercessisse (7). *l.* 26. ULPIAN. LIB. 37. AD ED.

§ 3. *Senatusconsulto locum esse, pro quacumque persona mulier intercedat.*

VI. *Pro quacumque persona mulier se aut res suas obliget, Senatusconsultum locum habet.* Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulierem defendere. *l.* 2. § *fin.* ULPIAN. LIB. 29. AD ED.

Hinc Antoninus: Si quum ipse mutuam pecuniam acciperes, mater tua contra Amplissimi Ordinis Consultum fidem suam interposuit, exceptione se tueri potest. *l.* 3. *Cod. h. t.*

Similiter: mulier, Si tutore se excusare volente ipsa se interposuit, indemnitatem ei repromittens (8); auxilio Senatusconsulti uti minime prohibetur. *l.* 6. *Cod. h. t.* ¶ *sin autem* ALEXANDER.

Maxime autem pro marito mulier intercedere non potest.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Si mater tua marito quondam suo (9) heres non extitit, satis idoneæ exceptionis remedio tuta est. *l.* 14. *Cod. h. t.* ¶ *unde si.*

VII. Intercedere mulierem intelligendum est, etiam pro eo qui obligari non possit; veluti si pro servo alieno intercedit. Sed rescissa intercessione, in dominum restituenda est actio (10).

(1) Id est: Et hoc SCtum locum habet, etiam quum res suas pro aliis obligant.

(2) Quod si ignorans fuisset; mulier quæ callide dissimulans suum fundum esse, decepisset creditorem, non uteretur Velleiano: ut videb. infra N. 31.

(3) Secus si simpliciter vendidisset; quamvis postea pretium negotium viri impendisset.

(4) Vid. infra N. 31 et seq.

(5) Vid. Tit. *de Interrog. in Jure fac.* supra lib. 11.

(6) Cujus nomine Noxali judicio quis acturus erat.

(7) Nam ita respondendo non se subjicit alieni actioni quæ adversus ipsam non competeret; quandoquidem vidimus Tit. *de Noxal. act.* etiam bonæ fidei possessorem servi, quandiu dominus non apparet, teneri judicio Noxali.

(8) Pro eo quod filius ei ex causa tutelæ debere poterit.

(9) Subaudi: pro quo fidejussit.

(10) Hic est duplex effectus Senatusconsulti: infra Sect. 2. quam vid. N. 44.

Quinetiam dicendum de proprio mulieris servo, Quod si pro eo, etc. *l.* 32. § 5. POMPON. LIB. 1. SENATUSCONSULTORUM.

Quinetiam idem dicendum de proprio. Quod si pro eo fidejusserit, exceptione Senatusconsulti Velleiani, judicio conventa, adversus creditorem tueri se poterit; nisi pro (1) suo negotio hoc fecerit. *l.* 25. § 1. MODEST. LIB. SINGUL. DE EUREMATICIS.

§ 4. *Senatusconsulto locum esse, erga quemvis creditorem mulier intercedat.*

VIII. *Erga quemlibet creditorem mulier pro alio intercedat, Senatusconsulto locus est; etiamsi erga servum.*

Unde Papinianus: Quum servi ad negotiationem præpositi, cum alio contrahentes, personam mulieris (2) ut idoneæ sequuntur; exceptio Senatusconsulti dominum summovet. Nec videtur deterior causa domini per servum fieri; sed nihil esse domino quæsitum: non magis quam si litigiosum prædium servus aut liberum hominem emerit. *l.* 27. § 1. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

IX. *Item Senatusconsulto locus est etiamsi erga pupillum intercedat. Hinc mulier* Si tutores petiit, et sponte periculum suscepit; quominus teneatur (3), auctoritas eam Juris tuetur. *l.* 6. *Cod. h. t.* § *fin.* ALEXANDER.

Consonat quod alibi rescribit idem Alexander: Suo potius periculo Magistratus tutores quos petisti dederunt; quam, tu contra sexus conditionem, alicui ex ea obligatione obstricta es, quod tuo periculo tutores filiis tuis dari postulasti. *l.* 1. *Cod. Si mater indemnit. promis.*

Pariter Diocletianus et Maximianus: Ob tutorem non idoneum a matre petitum frustra vobis eam teneri contenditis; cum non, nisi specialiter ejus periculo dari Decreto fuerit comprehensum, ex ea obligatione obstricta sit. *l.* 3. *Cod. d. tit.*

X. *Item* Si apud Minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque cæteri, per exceptionem (4) summoveri debet; scilicet quia communi Jure in priorem debitorem ei actio restituitur.

Hæc, si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio. *l.* 12. *ff. de Minorib.* GAIUS LIB. 4. AD ED. PROVINC.

§ 5. *Senatusconsulto locum esse, sive aperte mulier intercedat, sive fraus Senatusconsulto fiat.*

XI. Paulus respondit; Ea quæ in fraudem Senatusconsulti quod de Intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere. *l.* 29. § 1. PAUL. LIB. 16. RESPONS.

Prima fraudis species.

XII. *Prima fraudis species est, quum mulier, ne ipsa videatur intercedere, personam alterius interponit. De qua specie ita Pomponius:* Si mulier ne ipsa intercederet, alii mandarit ut id faceret; an in hujus persona locus huic Senatusconsulto sit; qui rogatu mulieris id faceret? Totus enim sermo Senatusconsulti, ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat. Et puto rem ita esse distinguendam: ut, siquidem creditor cui me obligavi mandante muliere, hoc in fraudem Senatusconsulti egisset, ne ipsa interveniret contra Senatusconsultum, daret autem alium, excludendum eum exceptione fraudis Senatusconsulto factæ (5): si vero is ignorasset, ego autem scissem; tunc Mandati me agentem cum muliere, excludendum esse (6); me autem creditori teneri (7). *l.* 32. § 3. POMPON. LIB. 1. SCTORUM.

Similiter Ulpianus: Si fidejussores pro defensore absentis filii, ex mandato matris ejus, intercesserint: quæritur an etiam his Senatusconsulto subveniatur? Et ait Papinianus libro 9 Quæstionum, Exceptione eos usuros (8): nec multum facere quod pro defensore (9) fidejusserunt; cum contemplatione mandati matris intervenerunt. Plane (inquit) si qui accepit eos fidejussores, matres eis mandasse ignoravit; exceptionem Senatusconsulti, replicatione Doli repellendam. *l.* 6. LIB. 29. AD ED.

Quanquam igitur fidejussor, Doli replicatione opposita, defensionem exceptionis amittat, nullam tamen replicationem adversus mulierem (10) habebit: quia facti non potest ignorationem prætendere. Sed non erit iniquum dari Negotiorum gestorum actionem (11) in defensorem; quia mandati

(1) Cessat enim Senatusconsultum, quoties mulier in rem suam intercedit. Vid. infra. N. 24.

(2) Intercedentis pro eo cum quo servi illi contrahunt.

(3) Pupillo, in subsidium tutorum quos nominavit et suo periculo dari petit.

(4) Senatusconsulti.

(5) Fraus enim facta est Senatusconsulto; quum hoc quod Senatusconsultum fieri a muliere vetuit, factum est a persona quam mulier interposuit.

(6) Exceptione ex Senatusconsulto; cum mulier in rem alterius hanc mandati obligationem erga me contraxerit.

(7) Nam si accipiam meu obligatione fraudem Senatusconsulto esse factam; replicabit creditor se dolo meo deceptum esse.

(8) Quia tanquam interpositæ a muliere personæ fidejusserunt; et sic fraus facta est Senatusconsulto, cum mulier per eos fecerit quod eam facere Senatusconsultum vetabat.

(9) Cum defensor non ultro, ut quivis alter debitor, sed Jure cogente fidejussores adhibeat; qui pro defensore fidejubent, maxime videntur obligari debere: non tamen obligabuntur, si sint interpositæ a muliere personæ.

(10) Quæ fidejussori *Mandati* agenti, opponet exceptionem Senatusconsulti; scilicet quod in rem alterius hanc mandati obligationem contraxerit.

(11) Utilem: directa enim non datur, cum non contemplatione hujus defensoris pro eo fidejusserit, sed contemplatione matris quæ hoc ipsi mandavit. Vid. supra lib. 3. tit. *de Negot. gest.*

caosa per Senatusconsultum constituitur irrita, et pecunia fidejussoris liberatur (1). *l.* 7. PAPIN. LIB. 9. QUÆST.

XIII. *Liquet ex hactenus dictis, de casu quo creditor fraudis conscius fuit, accipiendum quod ait Paulus:* Procurator, si mandatu mulieris pro alio intercesserit, exceptione Senatusconsulti Velleiani adjuvatur: ne alias (2) actio intercidat. *l.* 30. § 1. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Similiter accipe quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Si uxor pro marito contra Senatusconsultum intercessura, te rogavit mandatario nomine, ut pro ea tuam fidem obstringeres; initio contractus per exceptionis auxilium obligationi tuæ adhæsit securitas, qua conventus defendi potes. *l.* 15. *Cod. h. t.*

Altera fraudis species.

XIV. *Altera fraudis species est; quum mulier personam suam interponit ut, vice ejus pro quo vult intercedere, ipsa principaliter contrahere videatur.*

De qua fraudis specie ita Dioclet. et Maximianus: Cum ad eas etiam obligationes, quæ ex mulieris persona calliditate creditoris sumpserunt primordium (3), Decretum Patrum quod de Intercessione feminarum factum est, pertinere Edicto Perpetuo declaratur: si tamen (4) creditor, qui contrahere cum alio proposuerat, mulieris personam elegit; exceptione contra petitores, secundum ea quæ asseveras, defendi potes. *l.* 19. *Cod. h. t.*

Hinc Scævola in specie sequenti: Fundum uxoris suæ maritus obligavit Sempronio ob conductionem; mox mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione ejusdem fundi solvit statim Sempronio pro marito suo. Quæsitum est, an adversus Senatusconsultum obligata sit? Respondi, Si Numerius scisset eam intercedere (5), fore Senatusconsulto de quo quæreretur locum. *l.* 28. § 1. SCÆV. LIB. 1. RESPONS.

XV. *Observa igitur quod ait Paulus:* Imo tunc locus est Senatusconsulto, quum scit creditor eam intercedere. *l.* 12. LIB. 6. BREVIUM.

Creditore vero fraudis non conscio, Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura; non est locus Senatusconsulto. Alioquin nemo cum feminis contrahet; quia ignorari potest quid acturæ sint. *l.* 11. PAUL. LIB. 30. AD ED.

Similiter Ulpianus: Sed si ego cum muliere ab initio contraxerim, quum ignorarem cui hæc factum vellet; non dubito Senatusconsultum cessare. Et ita Divus Pius et Imperator noster rescripserunt. *l.* 4. LIB. 29. AD ED.

Proinde si dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. *d. l.* 4. § 1.

Idem docet Papinianus: Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea quæ inter virum et uxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summovetor. *l.* 27. LIB. 3. RESPONS.

XVI. *Non satis est autem creditori ignorasse fraudem, quum a muliere stipulatus est; si quum pecuniam numeravit, hujus erat conscius. Quod si utroque tempore fraudem ignoravit, non est Senatusconsulto locus. Hæc docet Africanus in specie sequenti.*

Quum haberes Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequereris: petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi; et stipulanti mihi promisit, ignoranti in quam rem mutuaretur; atque ita numerare me tibi jussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi. Quæsitum est; si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio Senatusconsulto ei prosit? Respondit (6), Videndum ne non sine ratione dicatur, ejus loco qui pro muliere fidejusserit, haberi me (7) debere: ut quemadmodum illi, quamvis ignoraverit intercedere, exceptio adversus creditorem datur, ne in mulierem Mandati actio competat; ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur, mihique in mulierem actio dene-

(1) Porro æquum est ut, cum detrimento ejus fidejussoris, liberationem consequatur: nemo enim debet cum alterius detrimento locupletari.

(2) Id est, ne, si non juvaretur, perderet; cum nullam actionem *Mandati* habere possit in mulierem exceptione Senatusconsulti tutam.

(3) Scilicet quas mulier principaliter contrahere videtur; dum callide personam suam interponit pro alio, qui has obligationes contracturus fuisset.

(4) Id est, si creditor qui cum alio contrahere proposuerat, ut magis secure contrahat, eligat personam mulieris; puta, pecuniam quam alicui mutuam dare proposuerat, det mulieris pro isto personam suam interponenti.

(5) Nimirum si scisset, mulierem in mutuanda pecunia personam suam pro marito interponere

(6) An ipse Africanus; an [ut Cujacio magis placet] Julianus cujus refertur sententia; parum interest.

(7) Ut hæc responsio intelligatur; hæc supplenda sunt. Quamvis obligatio quam erga me mulier contraxit, sit intercessio; utpote non in rem suam, sed in rem Titii contracta: tamen ego qui hoc ignoravi, non debeo in damno versari. Adeoque, aut mulieri debet denegari exceptio Senatusconsulti, quum ab ea pecuniam peto; aut ego tutus esse debeo adversus creditorem Titii. Videndum igitur an possim excludere exceptione hunc creditorem. Hinc inde rationes afferri possunt. 1.° Ut enim eum excludere non debeam; dici potest, non opus esse ut mihi adversus eum succurratur: quandoquidem mulier non possit me excludere exceptione Velleiani, cum ignoraverim eam intercedere. 2.° Contra, ut hunc excludam; dici potest, similem me esse ei qui pro muliere intercedente fidejussisset, ignorans eam intercedere. Exceptio enim Velleiani quæ mulieri competit, ei quoque adversus creditorem competet; et ipsi in mulierem actio *Mandati* denegabitur: ergo pariter et ego debeo tutus esse adversus creditorem, et mihi debet actio denegari adversus mulierem.

getur, quando hæc actio periculo mulieris futura sit. Et hæc (1) paulo expeditius dicenda, si priusquam ego tibi pecuniam solverim, comprererim eam intercessisse. Cæterum si ante solverim videndum utrumue nihilominus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat; et ego tibi condicere pecuniam (2) possim: an vero perinde habendum sit ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses (3). Quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic Senatusconsulto locus non sit: sicuti et quum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quæ postea non recte comparari ait; quando delegatione debitoris facta, mulier non obligetur (4): at in proposito alienam obligationem in se transtulerit; quod certe Senatus fieri noluerit. *l.* 19. § 5. Africanus. lib. 4. quæst.

XVII. *Si quum mulier ut interposita persona contrahit, locus non est Senatusconsulto adversus creditorem bonæ fidei: multo minus locus erit, quum eam interpositam fuisse, non aliter quam ex solo ejus qui eam interposuisse dicit testimonio probatur; ut in specie sequenti.* Seia mancipia emit, et mutuam pecuniam accepit sub fidejussore marito; eamque solvit venditori. Postea maritus decedens non solvendo in fraudem creditoris cavit testamento, se eam pecuniam universam debere. Quæritur an intercessisse mulier videretur? Respondi, Secundum ea quæ proponerentur, non intercessisse. *l.* 28. Scævola lib. 1. respons.

Multo magis si mulier ipsa non contraxit, sed falso scriptum sit ei pecuniam esse mutuotam; Senatusconsulto opus non erit.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Si quum pater vester a Callistrato mutuam sumpsisset pecuniam; velut hanc ejus uxor accepisset, instrumentum conscriptum est: nec ad exceptionis tractatum ex Senatusconsulto venientem perveoire necesse est; cum eam veritatis substantia constituta, potius quam simulata gesta, tueatur. *l.* 17. *Cod. h. t.*

ARTICULUS II.

Ad quæ Senatusconsultum non porrigatur.

Senatusconsulto non prohibetur nisi Intercessio. Est autem Intercessio, quum mulier, non suum sed alterius negotium gerens, obligationem quam quis contraxit, aut esset contracturus, in se suscipit per se, vel per interpositam personam.

§ 1. *Corollarium primum ex definitione* Intercessionis, *ut variis casibus locus non sit Senatusconsulto.*

XVIII. *Ex hac Intercessionis definitione sequitur, quidquid mulier in rem alterius agit, citra suam suarumve rerum obligationem, ad hoc Senatusconsultum non pertinere; quamvis patrimonium suum diminuat.*

Hinc V. G. Sed et si tibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit; non intercedit. Senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti. Hoc ideo quia facilius se obligat mulier, quam alicui donat. *l.* 4. § *fin.* Ulp. lib. 29. ad. Ed.

Nec interest pecuniam solvendi causa numeret, an quamlibet suam rem in solutum det. Nam etsi vendiderit rem suam; sive pretium pro alio solvit, sive emptorem delegavit creditori alieno; non puto Senatusconsulto locum esse. *l.* 5. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Igitur: Plane si mulier intercessura debitorem suum delegaverit; Senatusconsultum cessat: quia etsi pecuniam numerasset, cessaret Senatusconsultum. Mulier enim per Senatusconsultum relevatur; non quæ diminuit (5), restituitur. *l.* 8. § 5. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Obiter nota: Sed si eum delegaverit qui debitor ejus non fuit; fraus Senatusconsulto facta videbitur (6): et ideo exceptio datur. *d. l.* 8. § 6.

XIX. *His quæ hactenus diximus consonat quod rescribit Antoninus:* Mulieribus quidem quæ alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, si id contrahentes non ignorent (7), Senatuscon-

(1) Hactenus Africanus rationes quæ ad solvendam quæstionem conducere videri possent, attolit; nondum tamen eam solvit, distinguitque duos casus: aut ego qui cum muliere contraxi ignorans eam intercedere, comperi postea eam intercedere, antequam jussu ejus tibi solverem: aut quum tibi solvi, adhuc ignorabam. Primo casu, *paulo expeditius* (id est, paulo facilius) dicendum est; mulieri exceptionem Senatusconsulti adversus me competere: quia, quamvis fraudem Senatusconsulto factam ignorarem, quum a muliere stipulatus sum; tamen mihi imputare debeo, quod numeraverim; quum jam fraudem didicissem. Altero casu; quo scilicet adhuc fraudem ignorans, jussu mulieris tibi solvi; aut [quod idem est] cum pecuniam ad manum non haberem, tibi promisi; hæret Africanus quid definiat: verum tandem definit Senatusconsulto locum non esse; mulierem non habere exceptionem Senatusconsulti adversus me, qui fraudem semper ignoravi, et me tibi esse obligatum.

(2) Si eam tibi solvi: et multo magis possim me defendere adversus te exceptione Senatusconsulti, quasi persona a muliere cui hæc exceptio competeret interposita, si tantum tibi promisi.

(3) Eam tanquam a muliere acceptam mihi credidisses.

(4) Nomen alienat; nullam vero ipsa obligationem contrahit. Porro Senatusconsultum non vetat quominus mulieres res suas alienent; sed ne se, aut res suas obligent. Indubitatum est igitur, hoc casu cessare Senatusconsultum. At in proposito, mulier revera se obligat vice alterius. Videri ergo poterat locus esse Senatusconsulto; cui tamen locum non esse definit, propter bonam fidem creditoris qui hoc ignoravit.

(5) Id est, alienat. Sensus est: mulieri succurritur quum se aut res suas obligat, non quum alienat.

(6) Nam hoc casu se obligat, ad solvandum vice ejus.

(7) Hoc maxime refertur ad casum quo obligationem; quam alter contracturus erat, suscipit. Eo casu creditori ignoranti subvenitur; nec datur adversus eum exceptio. Altero casu curiosior esse debet, seu *diligentior*: ut dicitur in l. 17. infra N. 26.

sulto subvenitur. Sed si pro aliis, quum obligatæ non essent, pecuniam exsolverint; Intercessione cessante, repetitio nulla est. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Similiter Alexander: Si prædia tua annis major viginti quinque vendidisti, et pro marito pecuniam solvisti; deficit auxilium Senatusconsulti. *l.* 4. *Cod. h. t.* § *sed si.*

Simili ratione, Quamvis pignoris datio Intercessionem faciat, tamen Julianus libro 12 Digestorum scribit, Redditionem pignoris, si creditrix mulier rem quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse Intercessionem. *l.* 8. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Hinc mulieri sic rescribunt Philippi: Etiam constante matrimonio, jus hypothecarum seu pignorum (1) marito remitti posse, explorati Juris est. *l.* 11. *Cod. h. t.*

§ 2. *Corollarium secundum.*

XX. *Ex intercessionis definitione sequitur etiam ad Senatusconsultum non pertinere, quum mulier propter utilitatem quidem alterius obligatur, sed principaliter contrahendo; nec tanquam persona ab aliquo qui contracturus esset, interposita.*

Hinc ita rescribunt Diocletianus et Maximianus: Si fenebris pecunia juxta fidem veri a creditore tibi data est; sive tota quantitas fenoris, sive pars ejus in usum mariti processisse proponatur; Decreto Patrum non adjuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit (2). *l.* 13. *Cod. h. t.*

Similiter, si mulier fundum conduxerit, quamvis in usus mariti, qui eum tamen conducere non cogitabat; Intercessio non est. Unde Philippus: Si adversarius tuus non cum marito tuo, sed tecum negotium gessit; reliqua conductionis quæ dicis esse contracta, obtentu hujusmodi obligationum non potes recusare. Enimvero si, quum eosdem fundos non tibi sed marito tuo locaret, personam tuam ut idoneam secutus est; beneficio Amplissimi Ordinis quod factum est de Intercessionibus feminarum, te tueri potes. *l.* 10. *Cod. h. t.*

XXI. *Pariter non potest videri Intercessio in specie sequenti, de qua ita rescribit Alexander:* Si mater (3) quum filiorum suorum patrimonium gereret, tutoribus eorum securitatem promiserit, et fidejussorem præstiterit vel pignora dederit; quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, Senatusconsulti auxilio neque ipsa, neque fidejussor ab ea præstitus, neque res ejus pignoratæ adjuvantur. *l.* 6. *Cod. h. t.*

Consonat quod rescribunt Philippi: Quædam pupillorum vestrorum a matre itemque avo materno administrata eorumque nomine indemnitatem vobis promissam asseveratis: quæ si ita sunt; et iidem pupilli legitimæ ætatis effecti, non adversus matrem suam neque avum, sed contra vos congredi malunt; non immerito indemnitatem ab his præstari desiderabitis, quos et administrationem suo periculo pridem suscepisso proponitis. *l.* 2. *Cod. Si mater indemnitatem.*

Juxta hæc, accipe quod ait Paulus: Mulier quæ [pro (4)] tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium Senatusconsulti non pertinet. Paul. sentent. *lib.* 2. *tit.* 11. § 2.

Item Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ut hi prædia (5) ejus distraherent, et indemnitatem eis repromiserit; Papinianus, libro 9 Quæstionum, non putat intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem (6) neque novam; sed ipsam (7) fecisse hanc obligationem. *l.* 8. § 1. Ulp. lib. 29. ad Ed.

XXII. *Simili ratione, et specie sequenti Africanus negavit Senatusconsulto locum esse.*

Tutor pupilli decesserat, herede instituto Titio. Quum de adeunda hereditate dubitaret; quoniam male gesta tutela existimaretur; persuadente matre pupilli ut suo periculo adiret, adiit: stipulatusque de ea est, indemnem se eo nomine præstari. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid præstitisset, isque matrem convenire; negavit exceptioni Senatusconsulti locum esse: quando vix (8) sit, ut aliqua apud eumdem pro eo ipso intercessisse intelligi possit. *l.* 19. Africanus lib. 4. Quæst.

Nec dissimilem huic propositioni, ex facto agitatam. Quum quidam vir Prætorius decessisset duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset, et alter legitimus tutor fratri esset, et eum paterna hereditate abstinere vellet: mandatu uxoris defuncti quæ mater pupillo esset, abstento pupillo, solum se hereditati miscuisse. Ubi similiter

(1) Quod mulier in rebus mariti habebat.

(2) Nec obstat lex 28. § 1. supra N. 14. in cujus specie ideo obligatio mulieris non valet, quia pro marito suo qui ipse mutuum a creditore accepturus erat, personam suam mulier interposuit. Verum in hac nostra specie maritus non erat mutuum accepturus, nec pro eo mulier personam suam interponit: et quamvis id quod accipit, sit ei donatura; tamen ipsa vere mutuum accipit.

(3) Mater rogavit tutores filiorum suorum ut non gererent negotia pupillaria, sed permitterent ipsi ea gerere. Et cum tutores, si quid a matre male gestum foret, tenerentur pupillis quod ei gerere permisissent; mater promisit tutoribus indemnitatem eo nomine. Rescribit Imperator, Intercessionem non esse. Et bene: neque enim obligationi tutorum erga creditores pupillos mater accedit; sed potius se obligat erga ipsos tutores. Non igitur pro his intercedit; neque enim potest quis pro aliquo apud ipsum intercedere: ut dicitur instit. *de Fidejussorib.* infra lib. 46.

(4) Hæc vox *pro* videtur expungenda.

(5) Urbana scilicet quæ non secus ac res mobiles tutor distrahere tenebatur Jure Pandectarum: ut videb. tit. *de Rebus eorum sine decreto, etc.* infra lib. 27.

(6) *Veterem* obligationem alienam mulier recipere dicitur, quum obligationem jam ab alio contractam in se suscipit; *novam*, quum obligationem quam alius esset contracturus, ipsa vice ejus contrahit.

(7) *Ipsam* principaliter, non cujusvis alterius vice.

(8) Frequens est apud Jurisconsultos ut, *vix est* dicant pro *fieri non potest.* De cætero, vid. supra Not. (3).

se respondisse Julianus ait, Si ex ea causa agente pupillo damnum eo nomine passus esset (1), non impediri eum Senatusconsulto quominus a muliere rem servaret (2). *d. l.* 19. § 1.

In proposita specie (3) et illud tractandum est: an is qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur quod debitores hereditarii solvendo non fuerint, Senatusconsulto locus sit; quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit? Magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam Senatusconsultum locum habeat: quando non ea mente fuerit ut pro his intercederet; sed tutoris, adversus pupillum et cæteros forte creditores, indemnem heredem præstaret. *d. l.* 19. § 2.

Denique (4) si ponamus mulierem in emptione hereditatis eo nomine damnum pati, quod debitores hereditarii solvendo non sint: nulla (puto) dubitatio erit quin Senatusconsulto locus non sit; etiamsi maxime creditoribus aliquantum præstiterit. *d. l.* 19. § 3.

Quid ergo si, quum propterea de adeunda hereditate dubitaret Titius quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier hoc ipsum repromisit ut, quantominus a quoquo eorum servari posset, ipsa præstaret? Prope est ut sit intercessio. *d. l.* 19. § 4.

XXIII. *Maxime autem non potest videri Intercessio in specie sequenti.* Si mulieri solvero id quod tibi debebam, et ab ea Ratam rem te habiturum stipulatus fuero; et forte te ratum non habente, agere Ex stipulatu instituero: exceptio Senatusconsulti quod te Intercessionibus feminarum factum est, non proderit mulieri. Non enim videri potest alienam obligationem recusare, cum maneam debito obligatus; et ipsa de lucro agat, ac potius reddere cogatur quod non debitum acceperat, quam pro alio solvere. *l.* 15. Julian. lib. 51. digest.

§ 3. *Corollarium tertium.*

XXIV. *Ex Intercessionis definitione sequitur quoque, ad Senatusconsultum non pertinere, quum mulier alterius quidem obligationem suscipit, verum in rem suam.*

Hinc Si mulier hereditatem alicujus adeat, ut æs alienum hujus suscipiat; vix est ut succurri ei debeat: nisi si fraude creditorum id conceptum sit. Nec enim loco minoris viginti quinque annis circumscripti, per omnia habenda est mulier (5). *l.* 32. Pompon. lib. 1. Senatusconsultor.

Item Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem ejus quod acceptum est vertatur; exceptio Senatusconsulti locum non habet, quia non fit pauperior. *l.* 21. Callistr. lib. 3. instit.

XXV. *Variis adhuc exemplis Corollarium comprobatur.*

Aliquando licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adjuvatur hoc Senatusconsulto; quod tunc accidit, quum prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat. Ut ecce: si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato, post manumissionem id ipsum suscipiat quod expromissor debeat; aut si hereditatem emerit, et æs alienum hereditarium in se transcribat; aut si pro fidejussore suo intercedat. *l.* 13. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Item: Sed si eum defendat qui damnatus regressum ad eam habeat; veluti quum venditorem (6) hereditatis sibi venditæ vel fidejussorem suum defendat; intercedere non videtur. *l.* 3. Paul. lib. 30. ad Ed.

Item in illa specie: Uxor debitricem suam viro delegavit ut vir creditori ejus pecuniam solveret. Si fidem suam pro ea quam delegavit, apud virum obligaverit; locum exceptio Senatusconsulti non habebit: quia mulier suum negotium gessit. *l.* 27. § 2. Papin. lib. 3. respons.

Item Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat, vel expromittat; si ea expromiserit, locum non esse Senatusconsulto Pomponius scribit: quia Mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari. *l.* 22. Paul. lib. 6. regul.

Igitur si Debitrix mulier a creditore delegata, pro eo cui delegata est promisit; non utetur exceptione. *l.* 24. Paul. lib. singul. de Intercession. feminar.

Consonat quod rescribit Antoninus: Frustra Senatusconsulti exceptione quod intercessionibus feminarum factum est, uti tentasti: quoniam principaliter ipsa debitrix fuisti. Ejus enim Senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, quum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem ejus intercessit. Sin autem pro creditore suo alii obligaverit, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est; hujus Senatusconsulti auxilium non habet. *l.* 2. *Cod. h. t.*

(1) Id est, si tutor qui ex mandatu matris abstinuit pupillum hereditate, quæ forte huic pupillo fuisset lucrosa fuerit eo nomine condemnatus pupillo judicio Tutelæ.

(2) Mulier enim indemnitatem ei promittendo non intercessit; se principaliter obligavit, nullam alienam obligationem suscepit.

(3) Ea scilicet quæ proponitur principio legis.

(4) Dixerat mulierem in specie præcedenti non videri intercedere, quamvis indirecte contingat eam quodammodo suscipere debitorum hereditariorum obligationem. Hoc confirmat ex præsenti specie, in qua idem contingit, et in qua tamen nemo Intercessionem agnoverit.

(5) Non tam facile restituitur mulier quam Minor.

(6) Quod heres qui mulieri hereditatem vendidit, creditori hereditario necesse haberet solvere; hoc a muliere repetere posset ex stipulatione *Venditæ hereditatis*. Quum igitur mulier eum defendit, in rem suam se obligat.

Sed si pecuniam (1) promisit ne delegetur, intercessisse videtur. *sup. d. l.* 24. § 1.

XXVI. *Si mulier quæ delegata est, debitrix non fuerit; Senatusconsulto locus est: etiamsi creditor existimaverit debitricem eam fuisse ejus pro quo expromittebat.*

Hinc Africanus in specie sequenti: Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat, et in id pretium creditori suo delegaverat: respondit, venditionem nullius momenti esse (2). Et, si creditor pecuniam a muliere peteret, exceptionem utilem fore (3) quamvis creditor existimaverit, mulierem debitricem mariti fuisse. Nec id contrarium videri debere ei quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata est ut marito crederet, non obstaturam exceptionem, si creditor ignoraverit in quam causam mulier mutuaretur. Quoniam quidem plurimum interest utrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat: tunc enim diligentiorem esse debere. *l.* 17. AFRICANUS LIB. 4. QUÆST.

Ex sententia autem Marcelli; mulier quamvis debitrix non fuerit, si animo solvendi quod se debere putabat expromiserit, cum animum gerendi sui negotii habeat, exceptionem Senatusconsulti non habet.

Hoc discimus ex Ulpiano. Ita ille: Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem ejus: duas Intercessiones factas Julianus lib. 12 Digestorum scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem ejus: et ideo et Primo (4) restitui obligationem, et adversus eum. Marcellus autem notat esse aliquam differentiam; utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur, et onus debitoris a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat; an vero quasi debitrix delegetur. Scilicet ut, si quasi debitrix delegata est, una (5) sit Intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem, in prima visione (6) ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti Marcellus non daret; sed condemnata, vel ante condemnationem, condicere utique ei a quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest, liberationem. *l.* 8. § 2. ULP. LIB. 29. AD ED.

XXVII. *Plura retulimus exempla quibus mulier videtur in rem suam suscipere alterius obligationem. Unum adhuc suppeditat Africanus. Ita ille:* Mulier et Titius cum in rem communem mutuarentur, ejusdem pecuniæ rei facti sunt. Non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse, dicebam. Nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat (veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur); potius esse, ut Senatusconsulto locus non sit.

At si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte Intercessionem factam videri; et ideo creditorem, partem duntaxat pecuniæ a muliere petere posse: quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur. *l.* 17. § 2. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

Idem (7) est, et si pro debitore meo Titius et mulier duo rei intercesserint. *l.* 18. PAUL. LIB. 8. AD PLAUT.

XXVIII. *Mulier etiam quodammodo in rem suam se obligare videtur; quum exigente aliquo pietatis officio se obligat.*

Hinc Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne judicatus pater ejus propter solutionem vexetur; non erit tuta Senatusconsulto. Oneribus enim earum Senatus succurrit (8). *l.* 21. § 1. CALLISTRATUS LIB. 3. INSTITUT.

Hac ratione etiam Valerianus et Gallienus rescribunt: Si dotare filiam volens genero res tuas obligasti; pertinere ad te beneficium Senatusconsulti falso putas. Hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam, Prudentes viri statuerunt. *l.* 12. *Cod. h. t.*

(1) Quum debitrix mulier a creditore suo delegata pro eo expromittit, in rem suam se obligat. In tantum enim liberatur a priori creditore, in quantum novo creditori se obligat: porro Senatusconsultum non porrigitur ad casus in quibus mulier in rem suam intercedit; cum talis intercessio nullum damnum ipsi afferat. Verum si mulier promittat pecuniam pro creditore suo; ne ob ipso delegetur; non intercedit in rem suam: nec enim quidquam consequitur ex tali intercessione, nil bonis ejus accedit. Non igitur in rem suam videri potest intercedere, quare locus est Senatusconsulto: ita Cujac.

(2) Vid. tit. *de Donat. inter vir. et uxor.* infra lib. 24.

(3) Cum enim emptio non valeret, mulier non erat debitrix pretii: expromisis igitur quod non debebat. Igitur non in rem suam, sed in rem mariti se obligavit; adeoque vere intercessit.

(4) Id est, Primo restituitur obligatio adversus Secundum pro quo mulier expromiserat; et creditori Primi restituetur obligatio adversus Primum pro quo mulier pariter expromiserat. Hic enim Velleiani affectus est; ut videb. infra Sect. 2. Art. 2.

(5) Scilicet ea sola qua pro Secundo apud Primum intercessit, non vero illa qua quod Primus debebat, creditori Primi expromisit: quia in hoc secundo negotio non tam habuit animum intercedendi, quam expromittendi quod se Primo debere putabat; adeoque proprium negotium gerendi.

(6) Hypothesi.

(7) Id est, eadem distinctio servabitur, si Titius et mulier intercesserint in rem suam pro debitore meo qui forte erat ipsorum procurator. Nam si negotium in quod procurator ille mutuatus est, ita erat mulieri et Titio commune ut mulieri expediret etiam solidum mutuari, nullatenus videbitur intercessisse: alias, videbitur mulier intercessisse pro parte Titii; et pro hac parte juvabitur Senatusconsulto.

(8) Porro mulier hoc pietatis officium implendo, magis suum negotium gerere, quam onus pro alio suscipere videtur.

XXIX. *Vidimus Senatusconsulto locum non esse, quum mulier in rem suam se obligat.*

Quid si partim in rem suam, partim in rem alienam? Quatenus in rem suam se aut res suas obligasse videbitur, catenus non juvabitur exceptione.

Hoc liquet ex specie sequenti. Quum prædium uxor viro donasset, idque prædium vir pignori dedisset; post divortium mulier possessionem prædii sui recuperavit, et idem prædium ob debitum viri pignori dedit. In ea duntaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit meliore prædio facto: scilicet si majores sumptus quam fructus fuissent quos vir ex prædio percepit. Etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur. *l.* 1. § 4. *ff. de Pign. et hypoth.* PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

XXX. *Si obligatio quam mulier contraxit, erat quidem in rem alterius, sed postea in rem mulieris esse cœpit; Senatusconsulto locus esse desinet. Puta* Si mulier contra Senatusconsultum Velleianum pro me intercessisset Titio, egoque mulieri id (1) solvissem, et ab ea Titius eam pecuniam peteret; exceptio ejus Senatusconsulti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari ne eam pecuniam perdat, cum jam eam habet. *l.* 16. JULIAN. LIB. 4. AD URSEIUM FEROCEM.

§ 4. *Quibus aliis casibus locus non sit Senatusconsulto.*

XXXI. *Vidimus hactenus quæ negotia definitione Intercessionis quæ Senatusconsulto prohibita est non contineantur. Præterea quibusdam casibus, mulieribus intercedentibus Senatusconsultum non subvenit.*

1.° *Enim* Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatæ: hoc enim D. Pius et Severus rescripserunt. Nam deceptis, non decipientibus opitulatur. Et est et Græcum Severi tale Rescriptum: ΤΑΙΣ ΑΠΑΤΩΣΑΙΣ, *etc.* *(id est)* DECIPIENTIBUS mulieribus Senatusconsultum auxilio non est. Infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium meruit. *l.* 2. § 3. ULP. LIB. 29. AD ED.

Hinc Paulus: Mulieribus tunc succurrendum est, quum defendantur (2), non ut facilius calumnientur. *l.* 110. § *fin de Reg. Jur.* PAUL. LIB. 6. AD ED.

Exemplum affert Alexander, qui ita rescribit: Si sine voluntate tua res tuæ a marito tuo pignori datæ sunt; non tenentur. Quod si consensisti obligationi sciente creditrice; auxilio Senatusconsulti uti potes. Quod si patientiam præstitisti; ut quasi suas res maritus obligaret; decipere voluisti mutuam pecuniam dantem; et ideo tibi non succurretur Senatusconsulto, infirmitati, non calliditati mulierum consultum est. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Mulier licet specialiter res pignori dederit pro alio, creditor eas distrahendi non habet facultatem; nisi dissimulatione, marito obligante velut proprias, creditoris ignorantiam circumscripserit. *l.* 11. *Cod. de Distract. pign.*

XXXII. *Aliud exemplum affert Africanus in specie sequenti. Ait enim:* Si mulier dixisset sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi qui idem pignus acciperet; mulieri etiam pecunia credita deberetur (3): si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet SI NON VOLUNTATE EJUS PIGNUS DATUM ESSET, replicationem mulieri Senatusconsulti non profuturam; nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi (4). *l.* 17. § 1. AFRICANUS LIB. 4. QUÆST.

Hinc generaliter Diocletianus et Maximianus rescribunt: Feminis alienas vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipientibus subvenitur; nisi creditor aliqua ratione per mulierem deceptus sit. Nam tunc replicatione Doli, Senatusconsulti exceptionem removeri constitutum est. *l.* 18. *Cod. d. t.*

Generaliter etiam Paulus ait: Si decipiendi animo, vel quum sciret se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit; exceptio ei Senatusconsulti non datur. Actionem enim quæ in dolum mulieris competit, Amplissimus Ordo non excludit. *l.* 30. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

XXXIII. *Alter Casus est quo mulieri quæ intercessit, Senatusconsultum non subvenit; scilicet quum in judicio expresse cavit, se eo non usuram.*

Hinc Pomponius: Si mulier pro eo pro quo intercesserit, judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit exceptione se non usuram; et sic ad judicem ire. *l.* 32. § 4. POMPON. LIB. 1. SENATUSCONSULTORUM.

XXXIV. *Justinianus alias exceptiones attulit Senatusconsulto. Constituit enim ne locum haberet, quum mulier pro quavis muliere dotem spopondisset; ne indotata sit mulier. l. fin.* Cod. h. t.

Item constituit ut, si mulier in aliquam summam se obligasset, ut aliquis servus manumitteretur; eo manumisso, Senatusconsulto non juvaretur. l. penult. Cod. h. t.

Constituit etiam ut si mulier, quum intercederet

(1) Cum mulier pecuniam receperit; obligatio quam contraxit, jam incipit esse in rem ipsius mulieris.

(2) Alias, *defraudantur.*

(3) In quam etiam eadem res ipsi esset obligata.

(4) Decepit enim creditorem, dolose dissimulando rem sibi in aliam pecuniam esse obligatam. Aliquis objiciet: Atqui etiam eo casu quo creditor scivit, non debet esse locus Senatusconsulto; quia non est Intercessio, quum mulier jus pignoris quod habet remittit: ut vidimus supra N. 19. ex l. 8. h. t. Respondeo in hac specie, mulierem non remisisse jus pignoris quod habebat pro pecunia sibi credita; sed passam esse ut alteri obligaretur res jam sibi pignoris nexa: adeoque est Intercessio.

aut postea, aliquid acceperit quasi pro Intercessionis suæ præmio; non juvaretur Senatusconsulto. l. 23. Cod. h. t.

Denique constituit ut cessaret Senatusconsultum, si post biennium Intercessionem suam confirmasset nova cautione data, vel pignore. l. 22. Cod. h. t.

Ex Novella autem CXXXIV. cap. 8. Intercessio mulieris pro viro suo non valet, quantumvis multoties repetita.

SECTIO II.

De effectu Senatusconsulti Velleiani.

XXXV. *Senatusconsultum Velleianum duplicem effectum habet, quem Rescripto suo ita complectuntur Diocletianus et Maximianus:* Si mulier alienam suscepit obligationem; cum ei per exceptionem Velleiani Senatusconsulti succurratur; creditori contra priores debitores Rescissoria actio datur. *l.* 16. *Cod. h. t.*

Hic ergo est primus Senatusconsulti effectus, ut infirmetur obligatio mulieris. Alter; ut per Rescissoriam actionem, debitoris pro quo mulier expromiserat obligatio restauretur.

ARTICULUS I.

Exponitur primus Senatusconsulti effectus, qui consistit in infirmanda mulieris rerumve suarum obligatione.

§ 1. *Quomodo infirmetur obligatio ipsius mulieris adversus Senatusconsultum contracta.*

XXXVI. *Obligationem mulieris quam adversus Senatusconsultum contraxit, Senatusconsultum infirmat; data exceptione perpetua, si mulier ex hac obligatione conveniatur.*

Nec solum mulierem, sed et Heredes quoque mulieris, adversus creditores eadem exceptione quæ ex Senatusconsulto introducta est, uti posse dubium non est. *l.* 20. *Cod. h. t. Diocl. et Maxim.*

XXXVII. Si ab ea muliere quæ contra Senatusconsultorum intercessisset, fidejussorem accepissem; Gaius Cassius respondit, Ita demum fidejussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus (1) fuisset. Julianus autem recte putat fidejussori exceptionem dandam, etiamsi Mandati actionem adversus mulierem non habet: quia totam obligationem Senatus improbat; et a Prætore restituitur prior (2) debitor creditori. *l.* 16. § 1. Julian lib. 4. ad Urseium Ferocem.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Mulierem contra Senatusconsulti Velleiani auctoritatem non posse intercedere, eademque exceptione fidejussorem ejus uti posse, Juris auctoritas probat. *l.* 14. *Cod. h. t.*

Sed si is qui a muliere delegatus est, debitor ejus non (3) fuit; exceptione Senatusconsulti poterit uti, quemadmodum mulieris fidejussor. *l.* 8. § 4. Ulpian. lib. 29. ad Ed.

XXXVIII. *Vidimus obligationem adversus Senatusconsultum Velleianum contractam, per exceptionem infirmari.*

Interdum intercedenti mulieri et Condictio competit: puta, si contra Senatusconsultum (4) obligata, debitorem suum delegaverit. Nam hic ipsi competit Condictio; quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret. Solvit enim, et qui reum delegat. *d. l.* 8. § 3.

Similiter Gordianus; Quamvis mulier pro alio solvere possit: tamen si præcedente obligatione, quam Senatusconsultum de Intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans (5): locum habet repetitio. *l.* 9. *Cod. h. t.*

Tamen Si mulier quod ex Intercessione solvit, nolit repetere, sed Mandati agere, et cavere velit de indemnitate (6) reo; audienda est. *l.* 31. Paul. lib. 1. ad Nerat.

§ 2. *Quomodo infirmetur obligatio rerum mulieris adversus Senatusconsultum contracta.*

XXXIX. Si mulier rem a se pignori datam per Intercessionem, recipere velit; fructus etiam liberos (7) recipit: et, si res deterior facta fuerit, eo nomine magis æstimatur. Sed si creditor qui pignus per Intercessionem acceperit, hoc alii vendidit; vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonæ fidei emptorem: ne melioris conditionis emptor sit quam fuerit venditor (8). *l.* 32. § 1. Pompon. lib. 1. Senatusconsultorum.

(1) Nam si talis fidejussor posset efficaciter conveniri, haberet actionem *Mandati* adversus mulierem; et sic fieret ut mulier indirecte ex sua intercessione obligaretur. Secus autem esse debere putabat Cassius, si fidejussor mulieris donandi animo fidejussisset; quia ratio modo allata cessat. Sed hanc Cassii sententiam Julianus reprobat, ut mox dicitur.

(2) Pro quo mulier expromiserat. vid. Art. seq.

(3) Si debitor ejus fuisset, non videretur intercessisse eum delegando; quia nullam obligationem contraxisset; sed tantum nomen alienasset: ut vid. supra N. 18. cum Notis.

(4) Mulier primum promisit aliquid pro alio. Deinde ignorans se adversus hanc obligationem esse exceptione Senatusconsulti munitam, ut exsolveret quod promisit, delegavit debitorem suum. Quod si ab initio delegasset; ut solveret quod alter debet; non esset Intercessio, ut vidimus supra.

(5) Scienti enim indebitum, non datur Condictio: ut vid. supra lib. 12. Tit. *de Condict. indeb.*

(6) Scilicet cavere debet reo pro quo expromisit, et adversus quem agit actione *Mandati*, priorem creditorem ejus non acturum adversus eum actione *Restitutoria*, ad restituendam priorem obligationem quæ contra Senatusconsultum novata est.

(7) *Liberos*, scilicet a pignore: id est, creditor non magis fructus quam rem potest retinere in causam pignoris.

(8) Quod esse non debet: l. 175. *de Reg. Juris.*

Nec etiam necesse habet mulier, ut fundum vindicet, refundere emptori pretium quod dedit; ut vid. ex. l. Cod. h. t. *supra N.* 3.

ARTICULUS II.

De altero Senatusconsulti effectu, qui consistit in restituenda creditoris obligatione adversus eum pro quo mulier intercessit.

XL. Æquum autem visum est ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur. Magis enim ille, quam creditor, mulierem decepit. *l.* 1. § 2. PAUL. LIB. 30. AD ED.

De actione quæ in priorem debitorem restituitur, quæremus 1.° *Quando huic locus sit necne;* 2.° *Ex quo tempore et quandiu competat;* 3.° *Quibus et adversus quos detur;* 4.° *Qualis restituatur;* 5.° *Denique an et pro qua parte restituatur hæc actione prior obligatio, quum feminæ et masculi simul in viriles expromiserunt.*

Videbimus postea, an restitutione opus sit propter pignora prioris debitoris. Denique agemus de restitutione adversus eum pro quo mulier obligationem, quam contracturus ille fuisset, ut interposita ab eo persona contraxit.

§ 1. *Quando ex hoc Senatusconsulto actioni Restitutoriæ in veterem debitorem locus sit.*

XLI. Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio; etsi ille prius acceptilatione liberatus sit, quam mulier intercesserit. *l.* 8. § 7. ULP. LIB. 29. AD ED.

Uno casu non opus est hac actione. Nam Si convenerit cum debitore ut expromissorem daret, et acceptum ei latum sit; deinde is dederit mulierem quæ auxilio Senatusconsulti munita est: potest ei condici (1) quasi non dedisset. Quid enim interest, non det, an talem det? Non erit igitur actio utilis necessaria, cum Condictio competat. *d. l.* 8. § 8.

§ 2. *Ex quo tempore hac actione agi possit, et quandiu.*

XLII. *Hac actione agi statim potest; etiam pendente conditione sub qua mulier expromisit. Ita enim Gaius*: Si sub conditione vel in diem, mulier pro alio intercesserit; etiam pendente conditione, volenti creditori cum priore debitore experiri, actio danda est Restitutoria. Quo enim bonum est exspectare conditionem vel diem; cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem? *l.* 13. § 2. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

XLIII. *Hac actione agi potest, etiam postquam mulier solvit; quamvis nondum illa solutum condicat.*

Unde Paulus: Si Senatusconsulti beneficium intervenerit; utrum statim quum mulier intercesserit, actio in priorem debitorem competit, an si mulier solutum condicat? Puto statim; et non exspectandam solutionem. *l.* 24. § 2. PAUL. LIB. SINGUL. DE INTERCESSIONIB. FEMIN.

Marcellus quoque scribit, Si mulieri post intercessionem accepto tulerit creditor, nihilominus Restitutoriam actionem ei dari debere. Inanem enim obligationem dimisit. *l.* 8. § 9. ULP. LIB. 29. AD ED.

Quod Si mulieri heres extiterit creditor: videndum an Restitutoria uti non possit? Et ait Julianus libro 12 Restitutoria eum nihilominus usurum. Non immerito; cum non obligatæ cum effectu, successerit. Denique in Falcidia hoc æs alienum non imputabitur. *d. l.* 8. § 12.

Quod Si mulier post Intercessionem sic solverit, ne repetere (2) possit: juste prior debitor actionem recusat. Sed cum relevatur reus, si mulier sic solvit ut repetere non possit (3); et quum ei mulieri, quæ repetere non poterat si solvisset, accepto tulit creditor, similiter relevatur reus. *d. l.* 8. § 10.

§ 3. *Quibus et adversus quos hæc actio Restitutoria competat.*

XLIV. *Hæc actio datur creditori apud quem mulier intercessit. Et quidem* Quanquam in omnes qui liberati sunt, restituitur actio; non tamen omnibus restituitur. Ut puta, duo rei stipulandi fuerint; apud alterum mulier intercessit ei soli restituitur obligatio, apud quem intercessit (4). *l.* 8. § 11. ULP. LIB. 29. AD ED.

Adversus omnes autem hæc Restitutoria actio datur, qui ex veteri obligatione tenebantur. Hinc Sed si pro alieno servo intercedat; quemadmodum in patremfamilias priorem rerum restituitur actio, ita in dominum quoque restituenda erit. *l.* 9. PAUL. LIB. 6. AD ED.

Item Si mulier contra Senatusconsultum intercesserit; æquum est non solum in veterem debitorem, sed et in fidejussores ejus actionem restitui. Nam cum mulieris persona substrahatur (5), creditori propter Senatusconsultum, integra causa pristina restituenda est. *l.* 14. JULIAN. LIB. 12. DIGEST.

Similiter Si pro uno reo (6) intercessit mulier,

(1) Condictione *Ob rem dati re non secuta.*

(2) Puta, quia sciens se tutam Senatusconsulto solvit.

(3) Sensus est: *Cum relevatur reus, si mulier... similiter et quum creditor accepto tulit ei mulieri quæ repetere non poterat si solvisset;* puta, qui in rem ejus versa fuerat pecunia.

(4) Is enim solus jus amisit. l. 27. ff. *de Pactis.*

(5) Id est, perinde se res habeat, ac si mulier non expromisisset.

(6) Quum duo essent rei debendi.

adversus utrumque restituitur actio creditori. *l.* 20. AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

XLV. Hæ actiones quæ in eos pro quibus mulier intercessit, dantur; et heredibus, et in heredes, et perpetuo competunt: habent enim rei persecutionem. Cæteris quoque Honorariis successoribus dabuntur, et adversus eos. *l.* 10. ULP. LIB. 29. AD ED.

Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse dicendum erit Restitutoria eam conveniri posse: et Directa (1) actione; nihil enim ejus interest, qua actione conveniatur. *sup. d. l.* 8. § 13.

§ 4. *Qualis restituitur actio.*

XLVI. *Talis adversus veteres debitores restituitur actio, qualis fuerat.*

Igitur Si pro eo qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit; temporalis actio restituetur: sic tamen ut ex præcedenti (2) causa continua tempora numerarentur post restitutionem; quamvis (3), statim atque intercessit mulier, competierat. *l.* 24. § 3. PAUL. LIB. SING. DE INTERCESSION. FEMINAR.

§ 5. *An et pro qua parte restituatur obligatio veteris debitoris, pro quo tam masculi quam feminæ in viriles expromiserunt.*

XLVII. *Quum tam masculi quam feminæ pro aliquo in viriles expromiserunt; adversus eum, pro his obligationis partibus quas feminæ susceperunt, restituitur obligatio.*

Hoc docet Gordianus in Rescripto sequenti. Si paternam obligationem non tantum masculini sexus filii, verum etiam filiæ emancipatæ in se receperunt: quamvis filiæ virilibus obligationibus eximantur, propter exceptionem quæ ex Senatusconsulto Velleiano descendit; tamen filios in id in quod se obligaverunt teneri; filiarumque subducta persona, patrem in id conveniri posse in quo conveniretur si filiæ non intercessissent, dubium non est. Pignora tamen patris, etsi in posteriore obligatione accepta sunt, sine dubio tenentur: sed et si in priore fuerint obligatione; quatenus ad patrem per Restitutoriam actionem redit, eatenus tenebuntur (4). *l.* 8. *Cod. h. t.*

§ 6. *An restitutione opus sit propter pignora prioris obligationis.*

XLVIII. De Pignoribus prioris debitoris, non est creditori nova actione opus; cum quasi-Serviana quæ et Hypothecaria vocatur, in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam (5). *l.* 13. § 1. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

§ 7. *Quomodo succurratur creditori adversus eum pro quo mulier ut interposita persona obligationem contraxit, quam fuisset ille contracturus.*

XLIX. Si quum essem tecum contracturus, mulier intervenerit et cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse; quo casu datur in te actio, quæ instituit magis quam restituit obligationem: ut periode obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata; V. G. si per stipulationem mulier, et to quasi Ex stipulatu conveniaris. *l.* 8. § 14. ULP. LIB. 29. AD ED.

Illud videndum est, si mulier pro eo intervenit qui, si cum ipso contractum esset, non obligaretor; an hac actione ille debeat teneri? Ut puta si pro pupillo intercessit, qui sine tutoris auctoritate non obligatur. Et puto non obligari pupillum, nisi locupletior factus est ex hoc contractu. Item si minor viginti quinque annis sit pro quo mulier intercessit, in integrum restitutionem poterit implorare; vel si filius (6) contra Senatusconsultum contracturus est. *d. l.* 8. § 15.

L. *In eo etiam, creditori apud quem mulier vice alterius se ream constituit, subvenitur; ut pignorum, quæ mulieri pro indemnitate ipsius ab eo pro quo intercessit data sunt, utilis persecutio huic creditori detur.*

Hoc docet Paulus. Ita ille: Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuam pecuniam dare, et cum eis contrahere. Sed quoniam facultates eorum suspectas habuit; magis voluit uxori testatoris dare pecuniam, et ab ea pignus accipere. Mulier eamdem pecuniam dedit heredibus, et ab his pignus accepit; quæro an intercessisse videatur, et an pignora quæ ipsa accepit, teneantur creditori? Paulus respondit: Si creditor quum contrahere vellet cum heredibus Lucii Titii, evitatis his magis

(1) Id est, ea quæ descendit ex ea obligatione quam contra Senatusconsultum contraxit. Nec enim jam adversus hanc actionem potest se tueri exceptione: nihil enim jam ejus interest ea uti exceptione; cum, si uteretur, teneretur Rescissoria hereditario nomine.

(2) Ita restituitur, ut tempus hujus actionis computetur ex præcedenti causa, id est, ea quo obligatio contracta est, non ex quo restituta est.

(3) Recte Cujacius ad l. 60. ff. *de Minorib*, censet legendum esse *quia* vel *quoniam*. Sensus autem talis est: tempus hujus actionis quæ restituitur debet, computari ex quo obligatio contracta est: nunquam enim debuit sisti; quia nunquam creditor impeditus fuit agere adversus priorem debitorem. Statim enim atque mulier pro eo expromisit, adhuc potuit adversus eum agere; non quidem jam veteri actione, sed actione *Restitutoria*.

(4) Vid. § seq.

(5) Pignus durat donec solutum fuerit creditori, aut ipsi satisfactum. Satisfactum autem non videtur per intercessionem mulieris quam creditor admisit; Senatusconsultum enim quod eam infirmat, obstat quominus ducet satisfactum. Ita Ant. Faber *Ration.* ad h. l.

(6) Id est, pariter si mulier mutuam pecuniam sumpsit tanquam interposita a filiofamilias qui eam contra Senatusconsultum Macedonianum erat mutuo accepturus; nulla dabitur actio adversus hunc filiumfamilias.

mulierem ream elegit; et in ipsius personam Senatusconsulto quod de Intercessionibus factum est, locum esse; et pignora ab ea data non teneri: eas autem res quas mulier, his pro quibus intercedebat, pignori accepit, mulieris obligatas non esse. Sed non sine ratione Prætorem facturum, si non tantum in personam, subducta muliere, in principales debitores dederit actionem, sed etiam in res quæ mulieri obligatæ sunt. *l.* 29. PAUL. LIB. 16. RESPONS.

TITULUS II.

DE COMPENSATIONIBUS.

ACTURI *in Titulo sequenti de contractu* Depositi, *in quo adversus hujus restitutionem Compensatio non admittitur; inde forte occasionem arripuerunt Pandectarum ordinatores hic prius agere* DE COMPENSATIONIBUS.

I. COMPENSATIO est debiti et crediti inter se contributio. *l.* 1. MODEST. LIB. 6. PANDECT.

Unusquisque creditorem suum eumdemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. *l.* 2. JULIAN. LIB. 90. DIGEST.

Ideo Compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. *l.* 3. PAUL. LIB. 25. AD SABIN.

Circa hanc materiam videbimus 1.° *Quomodo fiat Compensatio, et de ejus effectu;* 2.° *Quale debitum quod a nobis petitur, possit per Compensationem excludi; necnon adversus quas personas Compensatio admittatur;* 3.° *Cujus debiti Compensatione possit excludi id quod a nobis petitur.*

ARTICULUS I.

Quomodo fiat Compensatio, et de ejus effectu.

II. *Compensationem in bonæ fidei judiciis ipso Jure obtinere dubium nunquam fuit.*

Hinc. V. G. Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus; dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, ipso Jure Compensatione negligentiæ facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit quæ eadem quantitate æstimatur; Compensationem factam videri, et ipso Jure invicem liberationem. *l.* 10. ULP. LIB. 63. AD ED.

At vero in stricti Juris actionibus, opus fuit Constitutione D. Marci ut per oppositam exceptionem admitteretur Compensatio; ut ex Institutionibus didicimus.

Tamen receptum est, ut in omnibus actionibus ipso Jure obtineret. Et hoc Jus confirmavit Justinianus. Ita ille: Compensationes ex omnibus actionibus ipso Jure fieri sancimus; nulla differentia In rem vel in Personalibus actionibus inter se observanda. *l. fin. Cod. h. t.*

III. *Ex regula quam statuimus Compensationem ipso Jure fieri, plura sequuntur Corollaria.*

Corollarium primum.

Ergo, quum Compensationi locus est, Si totum petas, plus petendo causa cadis. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 5. § 3.

Corollarium secundum.

Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur, ipso Jure Compensari; si procurator absentis conveniatur, non debebit DE RATO cavere (1); quia nihil Compensat (2), sed ab initio minus ab eo petitur. *l.* 21. PAUL. LIB. 1. QUÆST.

Corollarium tertium.

IV. Quum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet; constitutum est a Divo Severo (3), concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas. *l.* 11. ULP. LIB. 32. AD ED.

Idem Juris est, non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum.

Sed etsi invicem sit usuraria pecunia, diversæ tamen sint usuræ, Compensatio nihilominus locum habet ejus quod invicem debetur. *l.* 12. ULP. LIB. 64. AD ED.

Hoc Jus confirmavit Alexander: Si constat pecuniam invicem deberi; ipso Jure pro soluto Compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates: ejusque solius quod amplius apud alterum est usuræ debentur, si modo petitio earum subsistit. *l.* 4. *Cod. h. t.*

(1) Quum Compensationem allegabit. Compensatio non est mutua petitio, propter quam teneretur DE RATO cavere.

(2) Non ipse procurator compensat; sed ipsa Lex facit Compensationem.

(3) Intellige Septimium Severum sub cujus filio Antonino Caracalla Ulpianus hæc scribebat. Male Cujacius hoc Jus tribuit Alexandro quem Ulpianus qui sub Alexandro a Prætorianis interfectus est [ut scribit Dio Cassius lib. 80.] non potuit appellare DIVUM, ut recte observat Schulting.

Et idem rursus : Etiamsi fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis; æqoitas Compensationis usurarum excludit computationem : petitio autem ejus quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Similiter Philippus : Ejus quantitatis cujus petitionem ratio Compensationis excludit, usuras non posse reposci manifestum est. *l.* 7. *Cod. de Solutionib.*

Corollarium quartum.

V. Si quis igitur Compensare potens, solverit : condicere poterit, quasi indebito soluto. *l.* 10. § 1. Ulp. lib. 63. ad Ed.

Secus erit, si illud fuit quod Compensationem non patiebatur. Hinc Diocletianus et Maximianus : Si velut (1) in id debitum quod solemnium publicarum pensitationum nomioe debueras, Compensaturo tibi, nihil te petiturum postea Mutiano scripsisti; redditis his quæ venerant in Compensationem, nou indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio. *l.* 13. *Cod. h. t.*

Corollarium quintum.

Iovicem debiti Compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore noleote offerens et coosignatum deponens, de pignoribus agere potes. *l.* 12. *Cod. h. t.*

VI. *Observandum superest, Compensationem semel tantum proficere posse. Igitur* Quod Labeo ait, non est sine ratione : ut, si cui petitioni specialiter destinata est Compensatio, in cæteris non objiciatur. *l.* 13. Ulp. lib. 66. ad Ed.

Quod Si ratiooem Compensationis judex non habuerit, salva manet petitio. Nec enim Rei judicatæ exceptio objici potest. Aliod dicam si reprobavit peosationem, quasi non existente debito : tunc enim Rei judicatæ mihi oocebit exceptio. *l.* 7. § 1. Ulpian. lib. 28. ad. Ed.

ARTICULUS II.

Quale debitum possit per Compensationem excludi, et adversus quas personas Compensatio admittatur.

§ 1. *Quale debitum per Compensationem possit excludi.*

VII. *Qualecumque fuerit debitum quod a nobis petatur, et ex quacumque causa procedat, potest alterius debiti Compensatione excludi : nec refert ex qua causa proficiscatur.*

Hinc V. G. ex venditione pretium creditori debebitur, Compensationis ratio opponitur.

Unde Diocletianus et Maximianus : Quoniam liberum fundum distractum tibi proponis; post vero, veluti ex præcedente emptionem obligatione, certum solvisse (2) : si debitum (3) a te apud Præsidem provinciæ petatur; Compensationem ejus quod indebite solvisti, potes opponere. *l.* 10. *Cod. h. t.*

Iu stipulationibus quoque quæ instar actionum habent (4), id est Prætoriis, Compensatio locum habet. Et secuodum Jolianum, tam in ipsa stipulatione (5) quam in Ex stipulatu actione, poterit objici Compeosatio. *l.* 10. § 3. Ulp. lib. 63. ad Edict.

Item etiam Eum qui judicati convenitur, Compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse nemini dubiom est. *l.* 2. *Cod. h. t.* § *cum vero.*

Sed et Quoties ex maleficio oritur actio; ut puta, ex causa furtiva, cæterorumque maleficiorum; si de ea pecuniarie agitur, Compensatio locum habet. Idem est et si condicatur ex caosa furtiva. Sed et qui Noxali judicio convenitur, Compensationem opponere potest. *sup. d. l.* 10. § 2.

VIII. *Una causa excipienda est, ex qua Compensatio non admittitur. Scilicet* In causa depositi (6) Compensationi locus non est; sed res ipsa reddenda est. Paul. sentent. *lib.* 2. *tit.* 12. § 14.

Hoc confirmavit Justinianus : l. penult. Cod. Depositi.

(1) Species legis est : debebas fisco certam summam publicarum pensitationum nomine; parem summam fiscus tibi debebat; scripsisti Mutiano procuratori fisci, nihil te petiturum ex ea summa quam fiscus tibi debebat, hoc animo ut tibi Mutianus compensaret quod tu invicem fisco debebas. Tamen postea reddidisti et solvisti fisco hanc summam quam proposueras ut veniret in Compensationem cum ea quæ tibi a fisco debebatur : non habebis *Condictionem indebiti*; quia, cum ex causa publicarum pensitationum debita fuerit, quæ causa Compensationem non admittit [ut videb. infra], non desiit deberi per Compensationem quam habere proposueras.

(2) Emptor non solvit ex causa emptionis; sed ex alia causa ex qua falso credebat se debere.

(3) Pretium scilicet ex causa emptionis debitum, quod non solvit emptor; si quidem id quod solvit, ex alia causa solvit.

(4) Dicuntur *instar actionum habere*, quia ab invitis extorquentur.

(5) Finge : Defendo eum quem tibi decem dare oportere intendis. Si petas ut tibi caveam *Judicatum solvi;* cum tu eamdem aut majorem quantitatem mihi debeas, possum in hac stipulatione interponenda Compensationem adhibere : ita ut non promittam decem tibi dare, si pro te judicatum erit; sed promittam decem tibi deducere ex ea quantitate quam mihi debes.

Quod si *in ipsa stipulatione* interponenda hanc Compensationem omiserim; adhuc potero compensatione uti, quum *Ex stipulatu* adversus me ages.

(6) Hoc locum habere puto, non solum in deposito ordinario; quo casu alia ratione Compensationi locus esse non potest, quia scilicet certa species debetur [ut videb. Art. 7. § 7.]; sed etiam in deposito extraordinario et irregulari, de quo tit. seq. Sect. 2. Art. 3. N. 49.

§ 2. *Adversus quos Compensatio admittatur.*

IX. *Non solum adversus privatos creditores admittitur Compensatio; sed etiam adversus Rempublicam, certis tamen causis exceptis.*

Hinc Alexander : In ea quæ Reipublicæ te debere fateris, Compensari ea quæ invicem ab eadem tibi debentur, is cujus de ea re notio est, jubebit : si neque ex Kalendario (1), neque ex vectigalibus (2) neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum (3) neque ejus qui statutis sumptibus servit (4); neque fideicommissi civitatis debitor sis. *l.* 3. *Cod. h. t.*

Observandum autem quod Ideo condemnatus quod arctiorem annonam Ædilitatis (5) tempore præbuit (6), frumentariæ pecuniæ (7) debitor non videbitur; et ideo Compensationem habebit. *l.* 17. PAPIN. LIB. 1. RESPONS.

X. *Item* Jussit Imperator audiri approbantem sibi a fisco deberi, in quod ipse convenitur. *l.* 24. PAUL. LIB. 3. DECRETORUM.

Cæterum Et Senatus censuit, et sæpe rescriptum est, Compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio (8) quid debeat quæ petit. Atque hoc Juris, propter confusionem diversorum officiorum, tenaciter servandum est. Si quid autem tibi ex ea statione cujus mentionem fecisti deberi constiterit, quam primum recipies. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Ex certis autem causis fiscus Compensationem non admittit.

Hinc Hermogenianus : Ut debitoribus fisci quod fiscus debet compensetur, sæpe constitutum est; excepta causa tributoria et stipendiorum : item pretio rei a fisco (9) emptæ, et quod ex causa annonaria debetur. *l.* 46. § 5. *ff. de Jur. fisc.* LIB. 6. JURIS EPITOMATORUM.

Item Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum, pecuniam jure, Compensationis retinere non placuit; quoniam ea non compensantur. *l.* 20. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

ARTICULUS III.

Cujus debiti Compensatione possit excludi id quod a nobis petitur.

Ut debitum possit in Compensationem adduci, hæc requiruntur : 1.° *Ut sit revera debitum;* 2.° *Ut sit præsens;* 3.° *Ut sit liquidum;* 4.° *Ut sit determinatum;* 5.° *Ut sit ipsi a quo petitur debitum;* 6.° *Ut sit ab ipso qui petit debitum;* 7.° *Ut sit in pari specie, id est, ut utrinque idem genus debeatur.*

§ 1. *Requiri, id quod in Compensationem adducitur, esse revera debitum.*

XI. *Igitur* Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in Compensationem non veniunt. *l.* 14. JAVOL. LIB. 15. EX CASSIO.

Cæterum Etiam quod natura debetur, venit in Compensationem. *l.* 6. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Non intelligitur autem mihi natura deberi restitutio hujus quod per injuriam judicis solvere coactus sum; quia solvere debui.

Unde Antoninus : Ex causa quidem Judicati si debitum solutum repeti non potest, eapropter nec Compensatio ejus admitti potest. *l.* 2. *Cod. h. t.*

§ 2. *Requiri debitum quod in Compensationem adducitur, esse præsens.*

XII. *Igitur* Quod debetur in diem, non compensabitur antequam dies veniat, quanquam dari oporteat. *l.* 7. ULP. LIB. 28. AD ED.

Cæterum præsens debitum *dicimus, quod diem ex lege conventionis non habet; quamvis ad ejus exactionem, ex indulgentia Legis, dies expectari soleat.*

Hinc Quum intra diem ad Judicati (10) executionem datam, judicatus Titio (11) agit cum eodem Titio qui et ipse pridem illi judicatus est; Compensatio admittetur. Aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis. *l.* 16. § 1. PAPIN. LIB. 3. QUÆST.

§ 3. *Debitum debere esse liquidum quod in Compensationem adducitur, aut facile liquidandum.*

XIII. *Liquidum debitum hic accipimus quod confitetur adversarius : sed et id quod brevi et summarie probari potest, maxime si jam super eo lis esset contestata.*

Hinc Gaius : In Compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est; ne diligentior quisque deterioris conditionis habea-

(1) Cujacius ait pecuniam *ex Kalendario* civitatis dici, quæ usui publico civitatis sit destinata.

(2) Vectigalia quædam fisco, quædam etiam civitatibus debentur.

(3) Id est, ad alimoniam Urbis destinata.

(4) Id est, quæ solemnibus et statutis civitatis ritibus serviat.

(5) Ita apud Basil. Male Duarenus emendat, *edulitatis*.

(6) Id est, quod aliquid subduxit ex quantitate annonæ quæ viritim populo præbenda erat.

(7) Hunc duntaxat *frumentariæ pecuniæ* debitorem dicimus, qui pecuniam civitatis ad frumentum coemendum sibi commissam retinet.

(8) Unus quidem est fiscus; sed diversæ stationes, id est, diversæ mentiones [*différens Bureaux*]. Compensatio autem non potest opponi; nisi id quod mihi debetur, pertineat ad stationem ejus qui quid a me petit.

(9) Privato autem venditori recte objicitur supra N. 7.

(10) Condemnatis ad executionem judicati quadrimestres induciæ dantur : ut videb. tit. *de Re Judicat.* infra lib. 42.

(11) Condemnatus erga Titium.

tur, si Compensatio ei deoegetur. *l.* 8. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Regulam quam hic statuimus, confirmavit Justinianus. l. 14. Cod. h. t.

Maxime autem quum fisco Compensatio opponitur, debitum debet esse liquidum aut facile liquidandum. Igitur Qui Compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet. *l.* 46. § 4. *ff. de Jur. fisc.* Hermogenian. lib. 6. Juris epitomat.

§ 4. *Debitum, ut in Compensationem possit adduci, debere esse determinatum.*

XIV. *Regula hoc exemplo illustratur.* Si debeas decem millia aut hominem, utrum adversarius volet; ita Compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset utrum voluisset (1). *l.* 22. Scævola lib. 2. Quæst.

§ 5. *Quod in Compensationem adducitur, debere ipsimet a quo petitur debitum esse.*

XV. *Hanc regulam suppeditat Gordianus qui ita rescribit:* Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, Compensatio fieri non potest. *l.* 9. *Cod. h. t.*

Et quidem Creditor compensare non cogitor quod alii quam debitori suo debet; quamvis creditor e.us, pro eo qui conveuitur, ob debitum proprium velit compensare. *l.* 18. § 1. Papin. lib. 3. respons.

Tamen In rem suam procurator datus, post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, æquitate Compensationis utetur (2). *d. l.* 18.

XVI. *Sed et* Si quid a fidejussore petetur, æquissimum est eligere fidejussorem, quod ipsi, ao quod reo debetur, compensare malit. Sed et si utrumque velit compensare audiendus est. *l.* 5. Gaius lib. 9. ad Edict. provinc.

Hujus rei hæc ratio est quod, cum sit ex substantia fidejussoriæ obligationis ut fidejussor in plus non teneatur quam reus principalis; Verum est quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso Jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex Compensatione reus retinere potest. Sicut enim quum totum peto a reo, male peto; ita et fidejussor non tenetur ipso Jure in majorem quantitatem quam reus condemnari potest. *l.* 4. Paul. lib. 3. ad Sabin.

XVII. *Quod ad correos attinet:* Si duo Rei promittendi socii non (3) siot, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet. *l.* 10. *ff. de Duobus reis.* Papinian. lib. 37. quæst.

XVIII. *Quid si cum filiofamilias contracta sit societas? Ex hoc contractu* Si cum filiofamilias agatur, an quæ patri debeantur (4) filius compensare possit, quæritur? Et magis est admittendum; quia unus contractus est: sed cum conditione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum quod is compensaverit. *l.* 9. § 1. Paul. lib. 32. ad Ed.

§ 6. *Quod in Compensationem adducitur, debere esse ab ipso a quo petitur debitum.*

XIX. *Sequitur ex hac regula* Id quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat; non posse Compensationem objici ejus pecuniæ quam ipse tutor suo nomine adversario debet. *l.* 23. Paul. lib. 9. respons.

Multo magis Si quum militi castrensium bonorum alius, cæterorum alius heres extitit; et debitor alteri heredum obligatus, velit compensare quod ab alio debetur; non audietur. *l.* 16. Papin. lib. 3. quæst.

XX. *Possum autem compensare adversus dominum, quod servus ejus debet intra finem peculii.*

Unde Papinianus: Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potoit; obligatio pristina manebit; sed dabitur ei Compensatio, peculii fini quod servus publicus habebit (5). *l.* 19. Papin. lib. 11. respons.

Quod si dominus ex contractu servi petat; solidum quod servus ille mihi debet, possum compensare.

Hine Paulus: Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater; solidum per Compensationem servamus. Quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur. *l.* 9. Paul. lib. 32. ad. Ed.

§ 7. *Oportere ut utrinque idem genus debeatur.*

XXI. *Patet adversus debitum certæ alicujus speciei, non posse adduci in Compensationem debitum alterius speciei aut etiam quantitatis; alioquin creditor aliud pro alio invitus acciperet.*

(1) Si dixerit se eligere decem millia; poterit compensare hæc, cum pecunia quam eb ipso petis. Si eligat hominem, non poteris compensare; cum sit dispar species. Antequam eligat, non potes compensare; cum determinatum non sit quod ipsi debes.

(2) Compensabit ei pecuniæ quæ ab ipso petitur, illam quam procuratorio nomine petit. Nec dicas esse alteri debitam, scilicet ei cujus procurator est. Imo enim, cum sit in rem suam procurator, vere ipsi debita videri debet; maxime post litem contestatem. Sed et ante litem contestatam, ipsi debita videtur; cum eo nomine actionem utilem habeat : l. 31. ff. *de Procurat.* Unde et ante litem contestatam, Compensationi locum esse recte censet Cujacius Observ. XXIV. 37.

(3) Ergo [inquit Cujacius ad l. 9. Cod. h. t.] si socii sint, poterit compensare quod socio suo debetur; quia societas facit ut quodammodo videantur una persone.

(4) Ex eadem societatis causa. Quod si aliunde, non putat Cujacius compensari posse : hunc vide ad l. 9. Cod. h. t.

(5) Nam intra hunc peculii finem tenetur mihi Respublica *Condictione indebiti*.

Hinc Prætexto debiti, restitutio commodati non probabiliter recusatur. *l. fin. Cod. de Commod.* DIOCL. ET MAXIM.

Possessionem etiam alienam perperam occupantibus Compensatio non (1) datur. *l.* 14. § *fin. Cod. h. t.* JUSTINIAN.

Sed et quum utrinque quantitas debetur; ita Compensationi locus est, si sit quantitas ex pari specie: ut modo videbimus.

§ 8. *Quæ non impediant Compensationem.*

XXII. *Non impedit Compensationem disparitas causæ utriusque debiti. Unde Paulus:*

Compensatio debiti ex pari specie, et causa dispari, admittitur: velut si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas; aut frumentum aut cætera hujusmodi (2); licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 5. § 3.

Hoc confirmant Diocletianus et Maximianus: Si tutores popillis officio Magistratus urgente nominastis (3), ac pro his (4) propter onus Primipili (5) pecuniam solvistis; superstitiosam geritis sollicitudinem ne ab ipsis conventi, hanc eis imputare minime possitis, vel a vobis quidquam amplius exigatur; si tantum quantum eis tutores debuerunt, vel vos nomine ipsorum, majorem quantitatem dedisse probetur. *l.* 11. *Cod. h. t.*

Similiter Gordianus: Si propter fructus ex possessione tua perceptos, vitricus tuus debitor tibi constitutus est: quum id quod a matre tua ei legatum est, a te petere cœperit; mutuo debitæ quantitati, apud eum qui super ea re judicaturus est, Compensationem non immerito objicies. *l.* 8. *Cod. h. t.*

XXIII. *Non impedit etiam Compensationem, loci diversitas qui solutioni adjectus est; ita tamen ut habeatur in Compensatione ratio ejus quod intersit eo loco solvi.*

Hoc docet Javolenus. Ita ille: Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me quam ei debeo pecuniam. Quæro an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari? Respondit: Si Titius petit; eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in Compensationem deduci oportet: sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari. *l.* 15. LIB. 2. EPISTOL.

(1) Nec obstat quod Justinianus initio dictæ legis, in actionibus tam *In rem* quam *in personam* Compensationem admitti voluit. Hoc enim ita verum est, quum in actione *In rem* non ipsum corpus, quod forte non extat, sed æstimatio venit.

(2) Supple: debeam; et tu pariter frumentum cæterave hujusmodi debeas.

(3) Adeoque in subsidium tutorum erga pupillos estis obligati.

(4) Popillis.

(5) Id est, propter rationem Primipili; ex qua pupilli ut heredes patris sui qui Primipilum administraverat, erant obligati. Centurio primipilaris, qui Primipilum administrabat, erat fere quod est apud nos *Le Major d'un Régiment*: vid. Cujac.

TITULUS III.

DEPOSITI VEL CONTRA.

PANDECTARUM *ordinatores plura digressi, ad institutam de actionibus quæ ex contractibus descendunt tractationem redeunt. Hanc inchoaverunt ab illa contractuum classe qui Re contrahuntur; et jam de contractibus* Mutui, Commodati, et Pignoris *egerunt: ejusdem classis est contractus* DEPOSITI.

Quæ de hoc contractu in hoc Titulo traduntur; ita distribuemus. Agemus Sectione 1 *de ipso contractu Depositi;* 2.ª *De actionibus quæ ex hoc contractu descendunt;* 3.ª *De sequestratione quæ est singularis species Depositi;* 4.am *Addemus, de deposito simulato.*

SECTIO I.

De contractu Depositi.

I. DEPOSITUM est quod custodiendum alicui datum est: dictum ex eo quod ponitur. Præpositio enim, DE, auget depositum; ut ostendat, totum fidei ejus commissum quod ad custodiam rei pertinet. *l.* 1. ULP. LIB. 30. AD ED.

Alio nomine dicitur COMMENDATUM.

Nam Commendare nihil aliud est quam deponere. *l.* 186. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 30. AD ED.

Contractus Depositi recte definitur, contractus quo quis ab altero gratis rem custodiendam recipit ea lege ut eamdem reposcenti reddat.

Duplex vulgo Depositum distinguitur: Necessarium, *quod fit in casu incendii; ruinæ, naufragii; de quo pauca in decursu hujus Tituli traduntur: et* Voluntarium, *quod fit extra hunc casum ex mera partium conventione.*

ARTICULUS I.

Quæ contractus Depositi substantiam constituant.

Ad Depositum contrahendum, quatuor requirun-

tur, 1.° *Ut deposita res Depositario tradatur*; 2.° *Ut principaliter custodiæ causa tradatur*; 3.° *Ut gratis hæc custodia suscipiatur*; 4.° *Ut a non domino suscipiatur.*

§ 1. *Requiri ut res Depositario tradatur.*

II. *Cæterum tradita Depositario res intelligitur; quamvis non ipsi, sed ipsius jussu tradita fuerit ei qui eam illius nomine custodiat.*

Unde Pomponius quærit : Si apud te volentem me deponere, jusseris apud libertum tuum deponere; an possim tecum Depositi experiri? Et ait, Si tuo nomine, hoc est, quasi te custodituro deposuissem; mihi tecum Depositi esse actionem. *d. l.* 1. § 14.

Obiter nota : Si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam; tecum nullam esse actionem : cum illo Depositi actio est : nec Mandati teneris, quia rem meam gessi. Sed si mandasti mihi ut periculo tuo apud cum deponam; cur non sit Mandati actio, non video. *d.* § 14.

III. *Cum ad Depositum contrahendum requiratur rei traditio; hinc scriptura qua quis cavet se rem depositam habere, non potest per se constituere Depositum, sed duntaxat valet ad Depositi probationem.*

Hoc docet Paulus in specie sequenti. « Titius » Semproniis salutem : Habere me a vobis auri » pondo, plus minus et decem discos duos, sac» cum signatum, ex quibus debetis mihi decem » quos apud Titium deposuistis : item quos Tro» phimati, decem : item ex ratione patris vestri » decem, et quod excurrit ». Quæro an ex hujusmodi scriptura, aliqua obligatio nata sit? scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet. Respondit: Ex epistola de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri; sed probationem depositarum rerum impleri posse. An autem is quoque qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc quod scripsit; judicem æstimatorum. *l.* 26. § 2. PAUL. LIB. 4. AD RESPONS.

§ 2. *Requiri ut custodiæ causa principaliter res tradatur.*

IV. *Igitur si in aliam causam res tradatur, non erit Depositum, sed aliud genus contractus.*

Hinc Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causæ reddat; qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat Mandati eum teneri; nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse Depositi. Uniuscujusque enim contractus initium spectandum, et causam. *l.* 8. *ff. Mandati.* ULP. LIB. 31. AD ED.

Hinc etiam : Quod si rem tibi dedi (1) ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit; videndum est utrum Depositi tantum, an et Mandati actio sit? Et Pomponius dubitat. Puto tamen mandati esse actionem; quia plenius fuit mandatum, habens et custodiæ (2) legem. *l.* 1. § 12. ULP. LIB. 30. AD ED.

Idem Pomponius quærit : Si tibi mandavero ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris : Mandati an Depositi tenearis? Et magis probat Mandati esse actionem, quia hic est primus contractus (3). *d. l.* 1. § 13.

Vide alias species infra lib. 19. *Tit.* de Præscript. verb.

V. *Et quidem oportet ut tam ex parte tradentis quam ex parte accipientis; res custodiæ causa tradatur et suscipiatur; nec sufficeret si duntaxat alteruter eo proposito foret : ut definitur in l.* 18. § 1. *ff.* de Reb. cred. *quam retulimus d. tit. supra lib.* 12.

VI. *Quum autem custodiæ causa principaliter res tradita est; quamvis convenerit ut qui eam suscepit posset ex alia causa eam habere, non ideo minus interim Depositum erit.*

V. G. Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris; prinsquam utaris (4), Depositi teneberis. *l.* 1. § 34. ULPIAN. LIB. 30. AD ED.

§ 3. *Requiri ut gratis rei custodia suscipiatur.*

VII. *Igitur si constituta sit merces : non est Depositum; sed aut locatio-conductio, aut aliud genus contractus.*

Hinc Ulpianus : Si vestimenta servanda balneatori data perierunt; si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, Depositi eum teneri, et dolum duntaxat præstare debere puto : quod si accepit, Ex conducto. *d. l.* 1. § 8.

Item Si quis servum custodiendum conjecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiæ, puto esse actionem adversus pistrinarium Ex conducto; si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo quem in pistrinum accipiebat, Ex locato me agere posse. Quod si operæ ejus servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et condocti intervenit : sed qui pecunia non dabatur, Præscriptis verbis datur actio. Si vero nihil aliud quam cibaria præstabat, nec de operis quidquam convenit; Depositi actio est. *d. l.* 1. § 9.

(1) Supple : *ut eam ad Titium perferres*; et *si*, *etc.*

(2) Id est, habens adjunctum pactum custodiæ; quæ pacta contractibus bonæ fidei adjecta, ipsis insunt, eosque informant. Ideo autem fuit mandatum, non Depositum; quia res primario tibi tradita est, ut eam ad Titium perferres : secundarium qui in conventione fuit, ut Titio eam non recipiente, tu illam custodires.

(3) Scilicet ut eam recipias : secundario adjicitur, ut receptam custodias.

(4) Quum autem uti cœperis, incipies habere titulo Mutui.

VIII *Hæc autem distinguere valde utile est, cum pro diversa contractuum natura diversæ veniant præstationes.*

Nam In conducto et locato, et in negotio ex quo diximus Præscriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam præstabunt qui servum receperunt: at si cibaria tantum dabant, dolum duntaxat. Sequemur tamen (ut Pomponius ait) et quod habuerunt præscriptum, aut quod convenerit: dummodo sciamus, etsi quid fuit præscriptum, dolum tamen (1) eos præstaturos qui receperunt; qui solus in Depositum venit. *d. l.* 1. § 10.

§ 4. *Requiri ut qui rem custodiendam suscipit, non sit ejus rei dominus.*

IX. *Hinc Tryphoninus:* Si ignorans latro, cujus filio vel servo rem abstulisset, apud patrem dominumve ejus deposuit ignorantem; nec ex Jure Gentium consistet Depositum, cujus hæc est potestas ut alii non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem deposuerit; recte dicetur non contrahi Depositum: quia NON EST EX FIDE BONA REM SUAM DOMINUM PRÆDONI RESTITUERE COMPELLI. Sed etsi etiam nunc ab ignorante domino tradita sit (2) quasi ex causa Depositi, tamen Indebiti dati condictio competet. *l.* 31. § 1. ¶ *si tamen.* LIB. 9. DISPUTAT.

Pariter Julianus: Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec Depositi nec Commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec Ex locato. *l.* 15. LIB. 12. DIGEST.

ARTICULUS II.

Quæ consequantur ex dictis circa substantiam Depositi.

§ 1. *Consectarium primum.*

X. *Cum in contractu Depositi res custodiæ duntaxat tradatur, sequitur quod* Rei depositæ proprietas apud deponentem manet; sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet, id (3) enim agitur ea Depositione ut neutrius possessioni id tempus procedat. *l.* 17. § 1. FLORENT. LIB. 7. INSTIT.

§ 2. *Consectarium secundum.*

Cum res custodiæ duntaxat causa Depositario tradatur, sequitur debere illam reddi Depositori ejusve heredi quum eam repoposcerit.

XI. *Hic autem citra restitutionem heredi faciendam, duplex occurrit quæstio.*

1.° *Enim, An ex parte duntaxat heredi res reddenda est? Distinguitur; an res deposita, sit dividua an individua.*

Quum dividua est; puta Si pecunia in sacculo signato deposita sit; et unus ex heredibus ejus qui deposuit, veniat repetens: quemadmodum ei satisfiat videndum est? Promenda pecunia est vel coram Prætore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda pro parte hereditaria. Sed et si resignetur, non contra legem Depositi fiet; quum vel Prætore auctore, vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit; sigillis videlicet prius ei impressis vel a Prætore vel ab his coram quibus signacula remota sunt: vel si hoc recusaverit, in æde deponendo.

Sed si res sunt quæ dividi non possunt, omnes debebit tradere; satisdatione idonea a petitore ei præstanda, in hoc quod supra ejus partem est. Satisdatione autem non interveniente, rem in ædem depone, et omni actione Depositarium liberari. *l.* 1. § 36. ULP. LIB. 30. AD. ED.

Heredem ex parte, cui rem individuam reddendam esse diximus, intellige eum qui ex majori parte heres est.

Unde Si plures heredes extiterint ei qui deposuerit, dicitur, si major pars adierit, restituendam rem præsentibus. Majorem autem partem, non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam; cautela idonea reddenda. *l.* 14. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

2.° *Quid si controvertatur quis heres sit?* Apud Julianum libro 13 Digestorum talis species relata est. Ait enim: Si Depositor decesserit, et duo existant qui inter se contendant, unusquisque solum se heredem dicens; ei tradendam rem qui paratus est adversus alterum, reum defendere, hoc est, eum qui Depositum suscepit. Quod si neuter hoc onus suscipiat; commodissime dici ait, non esse cogendum a Prætore judicium suscipere: oportere igitur rem depone in æde aliqua, donec de hereditate judicetur. *sup. d. l.* 1. § 37.

XII. *Quod diximus, rem Depositori ejusve heredi reddendam, ita obtinet; nisi bona fides eam alteri reddi magis suaderet. De qua re ita disputat Tryphoninus:* Bona fides quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat. Sed eam utrum æstimamus ad merum Jus Gentium, an vero cum præceptis Civilibus et Prætoriis? Veluti: reus capitalis judicii deposuit apud te centum; is deportatus est; bona ejus publicata sunt: utrumne ipsi hæc reddenda, an in publicum deferenda sunt? Si tantum Naturale, et Gentium Jus intuemur (4); ei qui dedit,

(1) Non valet conventio ne dolus præstetur.

(2) Id est, reddita latroni, vel alii ejus voluntate.

(3) Legendum est: *sequester possidet quum id agitur.* Nec præsumitur id actum fuisse, nisi aperte probetur. l. 39. ff. *de Acq. vel amitt. poss.*

(4) Hoc sensu, quod Jus Naturale id genus pœnæ ignorat; nec delictum per se aufert rerum dominium. Grot. *de Jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 8. § 20.

restituenda sunt. Si Civile Jus, et Legum ordinem; magis in publicum deferenda sunt. Nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. *l.* 31. TRYPHONINUS LIB. 9. DISPUT.

Incurrit hic et alia inspectio : Bonam fidem inter eos tantum inter quos contractum est, nullo extrinsecus assumpto, æstimare debemus; an respectu etiam aliarum personarum ad quas id quod geritur, pertinet? Exempli loco; latro spolia quæ mihi abstulit, posuit apud Seium inseium de malitia deponentis. Utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se, dantem accipientemque intuemur; hæc est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit : si totius rei æquitatem (quæ ex omnibus personis quæ negotio isto contingnutur, impletur); mihi reddenda sunt; quæ (1) facto scelestissimo adempta sunt. Et probo, HANC ESSE JUSTITIAM QUÆ SUUM CUIQUE ITA TRIBUIT, UT NON DISTRAHATUR AB ULLIUS PERSONÆ JUSTIORE REPETITIONE. Quod si ego ad petenda ea non veniam; nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quæsita deposuit. Quod et Marcellus in prædone et fure scribit. *d. l.* 31. § 1.

Nisi autem certissimum sit res quas quis apud me deposuit, tibi esse surreptas; magis debebo eas restituere Depositori eive cui eas restitui præcepit, quam tibi qui te harum dominum asseris.

Hinc Publia Mævia quum proficisceretur ad maritum suum, arcam clausam cum vesta et instrumentis commendavit Gaiæ Seiæ; et dixit ei : « QUUM » salva sana venero, restitues mihi; certe, si ali- » quid mihi humanum contigerit, filio meo quem » ex alio marito suscepi ». Defuncta ea intestata; desidero, res commendatæ cui restitui debeant : filio, an marito (2)? Paulus respondit, Filio. *l.* 26. PAUL. LIB. 4. RESPONS.

XIII. *De eo quod servus deposuit, cui reddendum sit quæritur?*

Hac de re ita Ulpianus : Quod servus deposuit, is apud quem Depositum est, servo rectissime reddet ex bona fide. Nec enim convenit bonæ fidei, abnegare id quod quis accepit : sed debebit reddere ei a quo accepit; sic tamen si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpæ quidem suspicio sit. Deniqua Sabinus hoc explicuit, addendo : Nec ulla causa intervenit quare putara possit, dominum reddi nolle; hoc ita est, si potuit suspicari justa scilicet ratione motus. Cæterum sufficit bonam fidem adesse. Sed etsi ante ejus rei furtum fecerat servus; si tamen ignoravit is apud quem deposuit, vel eredidit dominum non invitum fore hujus solutionis, liberari potest : bona enim fides exigitur. Non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato; ex justis causis liberatio contingit : scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum, solvit. Idemque et in omnibus debitoribus servandum, Pomponius scribit. *l.* 11. ULP. LIB. 41. AD SABIN.

(1) Id est, *cui.*

(2) Qui has res ad se pertinere dicebat.

§ 3. *Consectarium tertium.*

XIV. *Ex eo quod res deposita nonnisi custodiæ causa tradatur; sequitur diem quo reddendam eam esse convenit, solius Depositoris gratia adjectam videri debere; adeoque etiam ante illam diem, rem jure reposci.*

Igitur Si sic deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas; et tecum, et cum herede tuo, possum Depositi agere. Possum enim mutare voluntatem, et ante mortem tuam Depositum repetere. *l.* 1. § 45. ULP. LIB. 30. AD ED.

Proinde et si sic deposuero ut post mortem meam reddatur : potero et ego, et heres meus, agere Depositi; mutata voluntate. *d. l.* 1. § 46.

§ 4. *Consectarium quartum.*

XV. *Ex eo quod Depositum gratis custodiendum a Depositario suscipi diximus, sequitur Depositarium nullo sumpto gravari oportere.*

Hinc quanquam in contrahendo locus expressus sit; V. G. Si in Asia depositum fuerit, ut Romæ reddatur; videtur id actum ut non impensa ejus id fiat apud quem Depositum sit, sed ejus qui deposuit. *l.* 12. POMPON. LIB. 22. AD SABIN.

Quod si in contrahendo nihil cautum est de loco ubi redderetur; Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est apud quem Depositum est : ubi vero Depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonæ fidei judiciis. Sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo rem Romam, ut audiendus sit; quoniam et in Ad exhibendum actione id servatur. *d. l.* 12. § 1.

SECTIO II.

De actionibus quæ ex contractu Depositi descendunt.

Ex contractu Depositi duæ actiones descendunt; Directa, *et* Contraria.

De Directa *actione quatuor prioribus Articulis agemus; et videbimus* 1.° *Unde competat;* 2.° *Cui et adversus quem;* 3.° *Quid contineat;* 4.° *Qualis sit, et cum quibus actionibus concurrat.*

In Articulo 5.° *De* Contraria *actione tractabimus.*

ARTICULUS I.

Ex qua causa competat actio Depositi *directa.*

XVI. *Directam actionem his verbis Prætor promittit.* Prætor ait : « QUOD neque tumultus, neque » incendii, neque ruinæ, neque naufragii causa » Depositum sit; in simplum : ex earum autem » rerum (3) quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum

(3) Van-de-Water legit *Causarum.*

» in duplum; in heredem ejus quod malo ejus » factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum; » quod ipsius, in duplum judicium dabo ». *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 30. ad Ed.

Ex quovis igitur Depositarii dolo datur adversus eum hæc actio Depositi *directa.*

Septem autem excogitari possunt species doli, ex quibus actio Depositi *nascitur; quas sigillatim referemus. Deinde quæremus an lata culpa pro dolo habeatur in contractu Depositi : item an rata sit conventio ne ex dolo Depositarii actio* Depositi *nascatur : an eitra dolum Depositarius teneatur, quum res est apud eum, aut ex ea locupletior factus est : denique an teneatur qui ex simplici culpa eam habere desiit.*

§ 1. *De variis speciebus doli ex quibus actio* Depositi *nascitur.*

Prima species doli :

Si Depositum non reddatur statim.

XVII. *Prima species doli ex qua datur actio* Depositi, *est; si Depositarius rem depositam quam penes se habet, Depositori ejusve heredi procuratorive eam reposcenti non reddat statim.*

Unde Est apud Julianum libro 13 Digestorum scriptum, Eum qui rem deposuit, statim posse Depositi actione agere : hoc enim ipso, dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. *d. l.* 1. § 22.

Hoc ita, si copiam habeat reddendi statim. Quapropter protinus subjicitur : Marcellus autem ait, Non semper videri posse, dolo facere eum qui reposcenti non reddat. Quid enim si in provincia res sit, vel in horreis quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas; vel conditio (1) Depositionis non existit? *d.* §. 22.

Quod si Depositarius copiam habeat reddendi statim, dolo facit nisi reddat statim; quamvis aliquis denuntiavisset ei ne Depositori redderet; modo tamen qui Depositum reposcit, caveat idonee de eo defendendo. l. penult. § 1. Cod. h. t.

Justinianus autem tales denuntiationes circa res depositas fieri prohibuit : Novel. LXXXVIII (2).

Item ita demum dolo facit qui heredi procuratorive Depositoris non reddit, si eum sciat heredem procuratoremve. Quod Si quis inficiatus sit, non adversus dominum, sed quod eum qui rem depositam petebat verum procuratorem non putaret, aut ejus qui deposuisset heredem; nihil dolo malo fecit. Postea autem si cognoverit, cum eo agi potest; quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult. *l.* 13. Paul. lib. 31. ad Edict.

(1) Hæc ultima verba refer ad sequestrationem.

(2) Novella ista accipienda est de denuntiationibus quæ fiunt ab his qui se creditores contendunt. Cæterum dominus potest rem suam vindicare adversus Depositarium : ut vid. supra lib. 5. Tit. *de Rei vindic.*

Secunda doli species :

Si reddatur res dolo Depositarii deterior facta.

XVIII. Si res deposita deterior reddatur : quasi non reddita, agi Depositi potest (3). Quum enim deterior redditur; potest dici, dolo malo redditam non esse. *sup. d. l.* 1. § 16.

Tertia doli species :

Si Depositarius reddendo Depositum, aliquid extorsit ut redderet.

XIX. *Igitur* potest agere Depositi, eum eo qui tibi non aliter quam nummis a te acceptis Depositum reddere voluerit; quamvis sine mora et incorruptum reddiderit. *l. fin.* Labeo lib. 2. pithanon.

Quarta species doli.

XX. *Quarta doli species est, de qua* Eleganter apud Julianum quæritur : Si pecuniam servus apud me deposuit, ita ut domino pro libertate ejus dem, egoque dedero : an tenear Depositi (4)? Et libro 3 Digestorum scribit, Si quidem sic dedero quasi ad hoc penes me depositam, teque certioravero; non competere tibi Depositi actionem, quia sciens recepisti : careo igitur dolo. Si vero quasi meam pro libertate ejus numeravero; tenebor. Quæ sententia vera mihi videtur. Hic enim non tantum sine dolo malo non reddidit, sed nec reddidit : aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare. *l.* 1. § 33. Ulp. lib. 30. ad Ed.

Quinta doli species :

Si dolo Depositarius rem habere desierit.

XXI. *Talis erit dolus in Depositario, si rem habere desierit (puta) dum ea contra legem Depositi utitur.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si is qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cujuslibet alterius mutuo dedit; tam ipsum de implenda suscepta fide, quam ejus successores teneri tibi certissimum est. *l.* 8. *Cod. h. t.*

Idem rursus : Desiderium tuum eum rationibus Juris non congruit. Nam si custodiam pecuniæ suscepisti, quam aliis a te mutuo datam conscriptum instrumentum quo hanc tibi reddi profiteris, arguit; solutionem ejus competentem improbe recusas. *l.* 7. *Cod. h. t.*

XXII. *Adeo autem qui dolo fecit quominus possideret, tenetur; ut, quamvis postea rem recuperaverit, eaque interierit; hujus interitu non liberetur.*

(3) Vid. etiam l. 42. ff. *ad Leg. Aquil.* et l. 18. § 1. ff. *Commodati.*

(4) Domino cui ex contractu servi jus acquisitum est.

Hoc docet Ulpianus, qui ait, Si rem depositam vendisti, eamque postea redemisti in causam Depositi: etiamsi sine dolo malo postea perierit; teneri te Depositi; quia semel dolo fecisti quum venderes. *l.* 1. § 25. ULP. LIB. 30. AD ED.

Sexta species doli.

XXIII. *Sexta doli species est, si Depositarius desiit quidem sine dolo habere rem depositam; sed id quod propter hanc rem ad ipsum pervenit, actionesve quas ejus rei nomine habet, non præstet ei qui Depositum reposcit.*

Hoc ex Ulpiano discimus. Ita ille: Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit; quæsitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxerit, ignorans depositam vel commodatam, an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum. Hoc enim ipso dolo facit quod, id quod ad se pervenit, non reddit. *d. l.* 1. § *fin.*

Quid ergo si pretium nondum exegit; aut minoris quam debuit, vendidit? Actiones (1) suas tantummodo præstabit. *l.* 2. PAUL. LIB. 31. AD ED.

Plane si possit rem redimere et præstare, nec velit; non caret culpa: quemadmodum si redemptam, vel alia ratione suam factam, noluit præstare; causatus quod semel ignarus vendiderit. *l.* 3. ULP. LIB. 37. AD ED.

Obiter nota: Sed etsi non sit heres, sed putavit se heredem, et vendidit; simili modo ei lucrum extorquebitur. *l.* 4. PAUL. LIB. 5. AD PLAUT.

Depositarium qui rem sine dolo amisit, teneri saltem ad præstandas actiones quas ejus rei nomine habet, docet pariter Africanus. Ait enim, Si is apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat; et ille dolo quid admiserit: ob dolum ejus apud quem postea sit Depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi præstet. *l.* 16. LIB. 7. QUÆST.

Ultima species doli.

XXIV. Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus præsentibus legit: ait Labeo, Depositi actione recte de tabulis agi posse. Ego arbitror, et Injuriarium agi posse; si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam præsentibus, ut judicia secreta ejus qui testatus est divulgarentur. *sup. d. l.* 1. § 38.

§ 2. *An lata culpa pro dolo habeatur, ut det locum actioni* Depositi: *et an valeat conventio ut ex dolo Depositarii actio non detur.*

XXV. *De prima quæstione, ita Celsus*: Quod Nerva diceret; latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non (2) ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est; nisi tamen ad suum modum curam in Deposito præstat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis (3) quam suis rebus diligentiam præstabit. *l.* 32. CELS. LIB. 11. DIGEST.

XXVI. *De altera quæstione, ita Ulpianus*: Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si convenerit: nam hæc conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. *l.* 1. § 7. ULP. LIB. 30. AD ED.

§ 3. *An citra dolum Depositarius obligetur quum res est apud eum, aut ex pecunia deposita locupletior factus est.*

XXVII. *Depositarius apud quem res est, hoc ipso facit dolo quod eam Depositori reposcenti non reddat. Potest tamen interdum et citra dolum hoc contingere; nec ideo minus Depositarius apud quem res est*, Depositi *obligatur: quare et fidejussorem ejus conveniri posse, ita docet Ulpianus.*

Plane si fidejussisti pro eo (4), Labeo omnimodo fidejussorem teneri ait; non tantum si dolo fecit is qui Depositum suscepit; sed etsi non fecit, est tamen res apud eum. Quid enim si fureret is apud quem Depositum sit? vel pupillus sit? vel neque heres, neque bonorum possessor, neque successor ejus extaret? Tenebitur ergo, ut id præstet quod Depositi actione præstari solet. *d. l.* 1. § 14. ¶ *plane.*

Idem et quum Depositarius ex pecunia deposita locupletior factus est.

Hinc idem Ulpianus: An in pupillum apud quem sine tutoris auctoritate Depositum est, Depositi actio detur, quæritur? Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse si dolum commisit (5). Nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum; etsi dolus non intervenit (6). *d. l.* 1. § 15.

§ 4. *An* Depositi *actione teneatur Depositarius, qui ex simplici culpa aut fortuito casu rem habere desiit.*

XXVIII. *Regulariter actioni* Depositi *locus non est in Depositarium qui rem habere desiit, nec ex ea locupletior est; quum dolo vacat, aut ea culpa quæ pro dolo habetur.*

Hinc qui per errorem restituit rem depositam alteri quam cui oportebat, Depositi *non tenetur.*

(1) Actionem *Ex vendito* scilicet, quam habet ad pretium consequendum; aut etiam *Ex dolo* emptoris qui eum circa pretium circumscripsit.

(2) Quidam, ut Hotomannus et Faber, hanc negationem delendam censent; quod non probo.

(3) Id est, rebus depositis.

(4) Depositario.

(5) Intellige de actione Utili. Nam cum sine tutoris auctoritate Depositum susceperit; nullus est contractus Depositi, ex quo Directa actio nasci possit. Hinc in pari casu constitisse negatur: supra lib. 13. Tit. *Commodat.* N. 5.

(6) Puta, sit nondum capax doli.

Hoc docet Ulpianus : Si rem a servo depositam. Titio quem dominum ejus putasti, quum non esset, restituisses : Depositi actione te non teneri Celsus ait; quia nullus dolus intercessit. Cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget : sed si exhibuerit, vindicabitur : si vero quum sciret esse alienam, consumpserit; condemnabitur, quia dolo fecit quominus possideret. *l.* 1. § 32. ULP. LIB. 30. AD ED.

Pariter si uni ex Depositoris heredibus rem restituerit; cæteris heredibus non tenetur, quamvis citra præceptum judicis restituerit.

Hinc Pomponius : Si lancem deposuerit apud me Titius, et pluribus heredibus relictis decesserit; si pars heredum me interpellat, optimum quidem esse si Prætor aditus jussisset me parti heredum eam lancem tradere : quo casu Depositi me reliquis coheredibus non teneri : sed etsi sine Prætore sine dolo malo hoc fecero, liberabor; (aut quod verius est) non incidam in obligationem (1). Optimum autem est id per magistratum facere. *l.* 81. § 1. *ff. de Solution.* POMPON. LIB. 6. AD Q. MUCIUM.

XXIX. *Item* Si sine dolo malo rem depositam tibi, amiseris : nec Depositi teneris, nec cavere debes (2), si deprehenderis, eam reddi. Si tamen ad teiterum pervenerit, Depositi teneris. *l.* 20. PAUL. LIB. 18. AD ED.

Multo majori ratione, Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint; detrimentum ad heredem ejus qui Depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam (si non aliud specialiter convenit) præstare debuit, non pertinet. *l.* 1. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

XXX. *Quod hactenus diximus, ita obtinet nisi aliter convenerit. Nam* Si convenit ut in Deposito et culpa præstetur, rata est conventio. CONTRACTUS enim LEGEM EX CONVENTIONE ACCIPIUNT. *l.* 1. § 6. ULPIAN. LIB. 30. AD ED.

Unde Sæpe evenit ut res deposita, vel nummi, periculo sint ejus apud quem deponuntur; ut puta, si hoc nominatim convenit (3). *d. l.* 1. § 35.

XXXI. Sed et si quis se Deposito obtulit; [idem] Julianus scribit, periculo se Depositi illigasse : ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam præstet (4); non tamen casus fortuitos. *d.* § 35.

XXXII. *Res deposita, est etiam periculo Depositarii in specie sequenti.* Si quis nec causam nec propositum fœnerandi habuerit; et tu empturus prædia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequam emisses, suscipere; atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eamdem pecuniam, ut si emisses crediti nomine obligatus esses : hoc Depositum periculo est ejus qui suscepit (5). Nam et qui rem vendendam acceperit ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit. *l.* 4. *ff. de Reb credit.* ULPIAN. LIB. 34. AD SABIN.

XXXIII. *Denique* Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oportet, post judicium acceptum cum detrimento Rei periret : sic Depositum quoque eo die quo Depositi actum sit, periculo ejus apud quem Depositum fuerit, est; si, judicii accipiendi tempore, potuit id reddere reus, nec reddidit. *l.* 12. § 3. POMP. LIB. 22. AD SABIN.

Hoc tamen ita verum est, nisi res pariter interitura fuisset apud deponentem.

Unde Gaius : Sive autem cum ipso apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum herede ejus; et sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit; Sabinus et Cassius, absolvi debere eum cum quo actum est, dixerunt : quia æquum esset naturalem interitum ad actorem pertinere; utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. *l.* 14. § 1. LIB. 9. AD ED. PROVINC.

ARTICULUS II.

Cui et adversus quem competat actio Depositi directa.

§ 1. *Cui competat.*

XXXIV. *Hæc actio competit ei qui deposuit. Eum autem deposuisse intelligimus, cujus nomine et voluntate res deposita est; quamvis non ipse, sed alius eam tradiderit.*

Hinc in ea specie : Dic sponsaliorum aut postea res oblatas puellæ quæ sui juris fuit, pater suscepit (6). Heres ejus (7) ut eas exhibeat, recte convenietur (8) etiam actione Depositi. *l.* 25. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Idem videre est in specie sequenti. Si te rogavero

(1) Obligatio enim tunc nascitur, quum Depositarius dolo fecit quominus restituat. Cum igitur dolo non fecerit; nulla nata est obligatio a qua liberetur, sed potius *non incidit in obligationem.*

(2) Hoc speciale est in Deposito. Et ratio est, quia ex Deposito actio non nascitur nisi ex Dolo Depositarii. Cum igitur nihil dolo fecerit; adversus eum ne quidem ut caveat, agi potest. Quod si rem recuperaverit, nec eam reddat, jam incipit dolo facere, adeoque tenetur.

(3) Adde l. 39. ff. *Mandati*, et l. 7. § 15. ff. *de Pactis.*

(4) Ratio est quia si non se obtulisset, forte alteri diligentiori dominus rem suam commisisset.

(5) Scilicet quia hoc Depositum magis gratia suscipientis quam deponentis fit. An autem hic *Periculum* complectitur casum fortuitum, an duntaxat damnum quod culpa levissima contingat? Disputant interpretes : vid. ea de re D. Davezan *de Contract.* cap. 27. Probabilior videtur secunda opinio. Donec enim pecunia usus fueris in hac specie, nondum est mutuum : manet pecunia ejus qui deposuit; adeoque debet ei utpote domino perire, si casu fortuito pereat.

(6) A sponso qui eas puellæ donabat, pater ex voluntate puellæ suscepit ut eas servaret.

(7) Patris.

(8) A puella, quamvis non ipsa tradiderit.

ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet; qua actione tecum experiri possim, apud Pomponium quæritor? Et putat, tecum Mandati cum eo vero quis eas res receperit, Depositi. Si vero tuo nomine receperit; tu quidem mihi Mandati teneris; ille tibi, Depositi: quam actionem mihi præstabis, Mandati judicio conventus. *l.* 1. § 11. Ulp. lib. 30. ad Ed.

XXXV. *Ei qui deposuit, hæc actio competit; quamvis rei depositæ ipse dominus non sit* (1).

Quinetiam Si prædo vel fur deposuerint; et hos Marcellus libro 6 Digestorum putat recte Depositi acturos. Nam interest eorum, eo quod teneantur (2). *l.* 1. § 39.

XXXVI. *Illud quæritur, quid Juris sit?* Sed si duo deposuerint, et ambo agant: si quidem sic deposuerunt ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere; sin vero pro parte pro qua eorum interest, tunc dicendum est in partem condemnationem faciendam. *d. l.* 1. § 44.

XXXVII. *Hæc actio, sicut et cæteræ, per eos quos in potestate habemus nobis acquiri potest. Igitur* Si servus meus deposuerit nihilominus Depositi habebo actionem. *d. l.* 1. § 17.

Quod Si duorum servus sit, qui deposuit; unicuique dominorum in partem competit Depositi. *d. l.* 1. § 31.

Non solum si servus meus, sed et si is qui bona fide mihi serviat, rem deposuerit, æquissimum erit dari mihi actionem, si rem ad me pertinentem deposuit. *d. l.* 1. § 27.

Simili modo et si usumfructum in servo habeam; si id quod deposuit, ex eo peculio fuit quod ad me pertinebat, vel res mea fuit; eadem actione agere potero. *d. l.* 1. § 28.

Item si servus hereditarius deposuerit; heredi postea adeunti competit actio. *d. l.* 1. § 29.

Similiter rescribunt Diocletianus et Maximianus: Cum hereditas personam domini sustineat; ab hereditario servo, priusquam patri vestro succederitis, res commendatas secundum bonam fidem, ab ejus qui suscepit successoribus apud Rectorem provinciæ petere potestis. *l.* 9. *Cod. h. t.*

Illud observandum quod Si servus deposuit, sive vivat; sive decesserit; utiliter dominus hac actione experietur: ipse autem servus manumissus non poterit agere. Sed etsi fuerit alienatus; adhuc ei competit actio cujus fuit servus quum deponeret. Initium enim contractus spectandum est. *d. l.* 1. § 30.

Contra quum filiusfamilias deposuit, non solum pater Depositi agere; sed Julianus et Marcellus putant, filiumfamilias Depositi (3) recte agere posse. *l.* 19. Ulp. lib. 17. ad Ed.

XXXVIII. Hæc actio heredibus, honorumve possessoribus, cæterisque successoribus, et ei cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est hereditas, competit. *sup. d. l.* 1. § 19.

XXXIX. *Utilis accommodatur actio* Depositi, *ei cui rem reddi is qui deposuit pactus est.*

Hoc rescribunt Diocletianus et Maximianus: Si res tuas commodavit aut deposuit is cujus in precibus meministi; adversus tenentem, Ad exhibendum vel Vindicatione uti potes. Quod si pactus sit ut tibi restituantur; si quidem ei qui deposuit successisti, jure hereditario Depositi actione uti non prohiberis: si vero nec Civili nec Honorario Jure ad te hereditas ejus pertinet; intelligis nullam te ex ejus pacto contra quem supplicas, actionem stricto Jure habere: utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur Depositi actio. *l.* 8. *Cod. Ad exhib.*

Item Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit; tam ipse Directam, quam is qui apud eum deposuit, Utilem actionem Depositi habere possunt (4). Paul. sentent. *lib.* 2. *tit.* 12. § 8.

§ 2. *Adversus quem actio* Depositi *competat.*

XL. *Actio Depositi datur adversus Depositarium. Et quidem* Si apud duos deposita sit res, adversus unumquemque eorum agi poterit; nec liberabitur alter, si cum altero agatur. Non enim electione, sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerint, et alter quod interest præstiterit; alter non convenietur: exemplo duorum tutorum. Quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur. Idemque et si alter dolo non fecerit, et idcirco sit absolutus: nam ad alium pervenietur. *l.* 1. § 43. Ulp. lib. 30. ad Ed.

XLI. Filiumfamilias teneri Depositi constat, quia et cæteris actionibus tenetur (5). Sed et cum patre ejus agi potest; duntaxat De peculio. Idem et in servo: nam cum domino agetur. *d. l.* 1. § 42.

Et alibi rursus: Depositi nomine pater vel dominus, duntaxat De peculio conveniuntur; et si quid dolo malo eorum (6) captus sum. *l.* 5. *ff. de Pecul.* Ulp. lib. 29. ad Ed.

Plane et Julianus scribit, et nobis videtur: Si eorum nomine qui sunt in potestate agatur, veniet in judicium et si quid per eum in cujus jure sunt captus fraudatusve est: ut et dolus eorum veniat, non tantum ipsorum cum quibus contractum est. *sup. d. l.* 1. *d.* § 42. ¶ *plane.*

(1) Ut liquet ex lege modo relata.

(2) *Condictione furtiva* tenentur eam restituere: igitur ipsorum interest eam sibi reddi, ut eam restituere possint.

(3) Vid. supra lib. 5. Tit. *de Judiciis* N. 18 et 19.

(4) Qui apud primum Depositarium deposuit; potest petere ut sibi ab illo actiones cedantur adversus secundum Depositarium: non est autem infrequens ut ad vitandum cedendarum actionum circuitum, recta via Utilis actio detur adversus quem cedendæ erant actiones.

(5) Vid. supra lib. 5. Tit. *de Judiciis* N. 17.

(6) Patris scilicet vel domini. Nam hæc adjectio in actionibus bonæ fidei quæ *De peculio* dantur, semper continetur: ut vid. supra lib. 15. Tit. *de Pecul.* Sect. 4. art. 4. Dolus autem patris aut domini esset, si, quum ipsi copiam haberent restituendæ rei depositæ, eam nollent reddere.

Tamen Si apud filiumfamilias res deposita sit, et emancipatus rem teneat (1): pater nec intra annum De peculio debet conveniri; sed ipse filius. *l.* 21. PAUL. LIB. 60. AD ED.

Plus Trebatius existimat; etiamsi apud servum Depositum sit, et manumissus rem teneat; in ipsum dandam actionem, non in dominum: licet ex cæteris causis, in manumissum actio non datur (2). *d. l.* 21. § 1.

Nisi autem rem teneat servus postquam manumissus est; conveniri non potest ex hac causa, ut nec ex cæteris causis.

Unde Si apud servum deposuero, et eum manumisso agam; Marcellus ait, nec teneri actionem (3). Quamvis (4) solemus dicere, doli etiam in servitute commissi teneri quem debere: quia et DELICTA ET NOXÆ CAPUT SEQUUNTUR; igitur ad alias actiones competentes recurrendum. *d. l.* 1. § 18.

XLII. Datur actio Depositi in heredem, ex dolo defuncti, in solidum. Quanquam enim alias ex dolo defuncti, non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos pervenit; tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit; ideoque (5) in solidum unus heres tenetur; plures vero, pro ea parte qua quisque heres est. *l.* 7. § 1. ULP. LIB. 30. AD EDICT.

In Depositi actione, si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus; pro parte hereditaria agere debeo: si vero ex suo delicto, pro parte non ago. Merito: quia æstimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse heres admisit. *l.* 9. PAUL. LIB. 17. AD ED.

Nec adversus coheredes ejus qui dolo carent, Depositi actio competit. *l.* 10. JULIAN. LIB. 2. EX MINICIO.

Quod Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo interverterint; quodam utique casu in partes tenebuntur. Nam si diviserint decem millia quæ apud defunctum Deposita fuerant, et quina millia abstulerint, et uterque solvendo est, in partes obstricti erunt: nec enim amplius actoris interest. Quod si lancem aut conflaverint, aut conflari ab aliquo passi fuerint, aliave quæ species dolo eorum interversa fuerit; in solidum conveniri poterunt, ac si ipsi servandam suscepissent. Nam certe verum est, in solidum quemque dolo fecisse: et nisi pro solido, res non potest restitui. Nec tamen (6) absurde sentiet qui hoc putaverit, plane nisi integræ rei restitutione, eum cum quo actum fuerit, liberari non posse; condemnandum tamen, si res non restituetur, pro qua parte heres extitit. *l.* 22. MARCELL. LIB. 5. DIGEST.

XLIII. *Ut in Deposito voluntario, ita et in Deposito necessario tenetur heres Depositarii ex dolo defuncti; sed non eodem modo quo defunctus. Nam* De eo quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa Depositum est; in heredem de dolo mortui actio est, pro hereditaria portione, et in simplum, et intra annum quoque: in ipsum, et in solidum, et in duplum, et in perpetuum datur. *l.* 18. NERATIUS LIB. 2. MEMBRAN.

ARTICULUS III.

Quid contineat actio Depositi.

§ 1. *De restitutione rei cum accessionibus et omni causa.*

XLIV. *Hac actione Depositor intendit reddi sibi oportere rem quam deposuit, et quæ ipsi abest ex dolo Depositarii.*

Et Non tantum præteritus dolus in Depositi actionem veniet; sed etiam futurus, id est, post litem contestatam. *l.* 1. § 20. ULP. LIB. 30. AD ED.

Inde scribit Neratius: Si res deposita sine dolo malo amissa sit, et post judicium acceptum recuperaretur: nihilominus recte ad restitutionem reum compelli, nec debere absolvi nisi restituat.

Idem Neratius ait: Quamvis tunc tecum Depositi actum sit quum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clusis; tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas; quia res apud te est. Tunc enim quærendum an dolo malo feceris, quum rem non habes (7). *d. l.* 1. § 21.

XLV. *Designare debet actor rem depositam cujus restitutionem petit. Unde quæritur:* Si quis argentum vel aurum depositum petat; utrum speciem, an et pondus complecti debeat? Et magis est, ut

(1) Secus foret, si dum in potestate esset dolo desiisset rem tenere: pater *De peculio* intra annum teneretur.

(2) Ideo autem manumissus *Depositi* hoc casu tenetur; quia tunc dolo fecit, tunc debitor esse cœpit, quum jam manumissus rem quam tenebat noluit reddere. Obligatio ejus post manumissionem contracta est: adeoque non offenditur Regula Juris, quæ non patitur servos post manumissionem conveniri ex his quæ in servitute contraxerunt.

De ipsa autem actione *Depositi* hic agi, non (ut putat Pacius) de actione *Ad exhibendum*, evincunt hæc verba: *Plus Trebatius existimat*. Nam de actione *Ad exhibendum*, ne minimum quidem dubium esse potuit; nec necesse fuisset afferre auctoritatem Trebatii.

(3) Scilicet si rem non teneat, sed dum servus esset dolo desiit eam habere: et in hoc servus manumissus, differt a filio emancipato.

(4) Hic proponit sibi objectionem Jurisconsultus, ad quam non respondet. Sed facilis responsio; scilicet Noxales actiones ex delictis, non ex contractibus descendere: ut vid. supra lib. 9. Tit. *de Noxal. act.*

(5) Vid. l. 12. et l. 49. ff. *de Oblig. de Act.* infra lib. 44.

(6) Ant. Faber, lib. *Ration.* ad h. l. putat totum hunc versiculum Triboniano ascribendum; et a Marcelli sententia et principiis Juris alienum esse quod hic dicitur: *Heredes quorum communi dolo res interversa est, pro parte duntaxat ex qua heredes sunt condemnandi.*

(7) Nam quum rem habes, nulla quæstio esse potest: evidens est enim dolus tuus, hoc ipso quod rem depositam quam habes, non reddas.

utrumque complectatur; scyphum forte vel lancem vel pateram dicendo; et materiam et pondus addendo. Sed et si purpura sit infecta, vel lana; pondus similiter adjiciendum : salvo eo ut, si de quantitate ponderis incertum est, juranti succurratur. *d. l.* 1. § 40.

Nam In Depositi quoque actione, in litem juratur. *d. l.* 1. § 26.

XLVI. *Cum hac actione petatur restitutio rei quæ deposita est; hinc quæritur :* Si cista (1) signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et speciæ comprehendendæ sint? Et ait Trebatius, Cistam repetendam; non singularum rerum Depositi agendum. Quod si res ostensæ sunt, et sic depositæ; adjiciendæ sunt et species vestis. Labeo autem ait, Eum qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere; ergo et de rebus agere eum oportet. Quid ergo si ignoraverit is qui Depositum suscipiat, res ibi esse? Non multum facere, cum suscepit Depositum. Ego, et rerum Depositi agi posse existimo; quamvis signata cista deposita sit. *l.* 1. § 41.

Ea autem Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita : ut puta, si homo vestitus deponatur; vestis enim non est deposita : nec si equus cum capistro; nam solus equus depositus est. *d. l.* 1. § 5.

Hæc igitur principaliter et per se in actione Depositi *non veniunt, sed accessorie veniunt.*

XLVII. Hanc autem actionem bonæ fidei esse dubitari non oportet. *d. l.* 1. § 23.

Et ideo et fructus in hanc actionem venire, et omnem causam, et partum, dicendum (2) est; ne nuda res veniat. *d. l.* 1. § 24.

§ 2. *De usuris pecuniæ depositæ.*

XLVIII. *Sed et si pecunia deposita est;* Usuræ in Depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ex mora venire solent. *l.* 2. *Cod. h. t.* GORDIANUS.

Et quidem et Si permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur; ut in cæteris bonæ fidei judiciis, usuras ejus nomine præstare (3) mihi cogitur. *l.* 29. § 1. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Hoc confirmat Gordianus : Si deposita pecunia is qui eam suscepit, usus est; non dubium est etiam usuras debere præstare. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Si is qui permissu meo, multo magis qui me invito pecunia deposita usus est, mihi usuras debet.

Hinc Gordianus : Si Depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis : cum tibi debeat gratulari, quod Furti eum actione non facias obnoxium. Si quidem QUI REM DEPOSITAM INVITO DOMINO SCIENS PRUDENSQUE IN USUS SUOS CONVERTERIT, ETIAM FURTI DELICTO SUCCEDIT. *l.* 3. *Cod. h. t.*

XLIX. *Sed et in Deposito irregulari, in quo convenit ut magis eadem quantitas reddatur quam ipsa nummorum corpora, usuræ veniunt ex mora.*

Hoc docet Papinianus : Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantumdem redderet depositam, ad usus proprios convertit; post moram, in usuras quoque, judicio Depositi, condemnandus est. *l.* 25. § 1. LIB. 3. RESPONS.

Hoc rursus adhuc fusius docet, adjicitque ante moram non deberi. Ita ille : « Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hac die commendasti mihi, annumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio; quos quando voles, et ubi voles confestim (4) tibi numerabo ». Quæritur propter usurarum incrementum. Respondi, Depositi actionem locum habere. Quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum (5) est, si id actum est ut corpora nummorum eadem redderentur. Nam si, ut tantumdem solveretur, convenit; egreditur ea res Depositi notissimos terminos (6). in qua quæstione si Depositi actio non teneat, quum convenit tantumdem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum (7) est. Et est (8) quidem constitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri quantum stipulatio (9). Sed contra bonam fidem et Depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur. *l.* 24. PAPIN. LIB. 9. QUÆST.

Similiter Paulus : Lucius Titius ita cavit : EAABON, etc. (id est) « Suscepi habeoque apud me titulo Depositi supra scripta denarium argenti decem millia meque ad præscriptum omnia præstaturum et promitto et profiteor; conventione scilicet inita; ut quoad omne argentum red-

(1) *Cistæ* sunt vasa quæ condendæ vestis gratia parantur.

(2) Vid. infra lib. 22. Tit. *de Usur.* Part. 1. Sect. 1. Art. 3.

(3) Ex mora scilicet. Ratio dubitandi erat, quod videretur Depositum fuisse conversum in contractum Mutui; in quo contractu Mutui, cum sit stricti Juris, usuræ non veniunt citra stipulationem.

(4) Putat D. Noodt legendum; *confestim cum usuris tibi numerabo.*

(5) Proinde, absque dubio verum : ut patet ex infra dicendis Vid. Not. (8).

(6) Unde videri potest non esse locum actioni *Depositi.* Revera tamen locus est; et talis contractus est Depositum, non quidem regulare, sed irregulare : ut liquet ex supra dictis et infra dicendis.

(7) *Si Depositi actio non teneat;* id est, si hic contractus non potest considerari ut Depositum, sed debet haberi pro contractu Mutui; *non facile dicitur rationem usurarum haberi posse :* nam usuræ non debentur neque ex mora, neque ex nudo pacto, in contractibus stricti Juris; qualis est contractus Mutui.

(8) Supple : verum dicendum est hunc contractum esse Depositum; unde nascitur actio *Depositi* bonæ fidei.

(9) Id est, ex mora veniunt officio arbitri; æque ac si essent in stipulatum deductæ.

» datur, in singulos menses, singulasque libras, » usurarum nomine quaternos tibi obolos submi- » nistrem (1). » Quæro an usuræ peti possint (2)? Paulus respondit, Eum contractum de quo quæritur, depositæ pecuniæ modum excedere : et ideo (3) secundum conventionem usuræ quoque actione Depositi peti possunt. *l.* 26. § 1. PAUL. LIB. 4. RESPONS.

L. *In specie autem sequenti non videtur convenisse ut statim usuræ currerent, sed tunc demum quum Depositarius ipse percepisset, aut in usus suos pecuniam depositam convertisset.*

Hanc speciem ita refert Scævola. Quintus Cæcilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta. « Cæcilius Candidus » Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque (4) » nummorum quos apud me esse voluisti, notum » tibi ita hac epistola facio ad ratiunculam meam » ea pervenisse : quibus ut primum prospiciam ne » vacua tibi sint, id est ut usuras eorum accipias, » curæ habebo ». Quæsitum est an ex ea epistola etiam usuræ peti possint? Respondi : Deberi ex bonæ fidei judicio usuras; sive percepit, sive pecunia in rem suam usus est. *l.* 28. LIB. 1. RESPONS.

Observa : Sed si quum Depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duæ sunt actiones, alia sortis, alia usurarum; sed una : ex qua, condemnatione facta, iterata actio, Rei judicatæ exceptione repellitur. *l.* 4. *Cod. h. t.* § *sed si.* GORDIANUS.

§ 3. *An et quando pœna Dupli locum habeat in* Depositi *actione.*

LI. *Exposuimus Jus quod Prætor constituit circa actionem* Depositi *Lex XII Tabularum magis coercebat Depositarium.*

Nam Ex causa Depositi Lege XII Tabularum, in duplum actio datur; ex Edicto Prætoris, in simplum. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 12. § 11.

Hanc pœnam Dupli Prætor servavit in quibusdam Depositi speciebus : ut ex verbis ejus Edicti vidimus supra Art. 1. *scilicet in Deposito quod ex tumultus, ruinæ, naufragii, incendii causa sit.*

Eum autem deponere tumultus vel incendii vel cæterarum causarum gratia intelligendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum. *l.* 1. § 3. ULP. LIB. 30. AD ED.

Ex cæteris Depositi causis, in simplum duntaxat dat actionem Prætor. Et Merito has causas deponendi separavit Prætor, quæ continent fortuitam causam Depositionis; ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem. *d. l.* 1. § 2.

Hæc autem separatio causarum, justam rationem habet. Quippe quum quis fidem elegit, nec Depositum redditur; contentus esse debet simplo : quum vero exigente necessitate deponat; crescit perfidiæ crimen, et publica utilitas (5) coercenda est vindicandæ reipublicæ causa. Est enim inutile (6) in causis hujusmodi fidem frangere. *d. l.* 1. § 4.

ARTICULUS IV.

Qualis sit actio Depositi, *et cum quibus actionibus concurrat.*

§ 1. *Qualis sit.*

LII. *Hæc actio, quam bonæ fidei esse supra obiter vidimus N.* 47 *insuper famosa est. Nam* Qui Depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus, ad ejus restitutionem cum infamiæ periculo urgetur. *l.* 10. *Cod. h. t.* DIOCLET. ET MAXIMIAN.

LIII. *Hæc actio habet privilegiatam causam erga Argentarios.*

Enimvero, Quoties foro cedunt (7) Nummularii, solet primo loco ratio haberi Depositariorum; hoc est, eorum qui pecunias depositas habuerunt, non quas fenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. Et ante (8) privilegia igitur, si bona vænierint, Depositariorum ratio habetur; dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur; quasi renuntiaverint Deposito. *l.* 7. §. 2. ULP. LIB. 30. AD ED.

Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate quæ in bonis Argentarii ex pecunia deposita reperta est; sed in omnibus fraudatoris fa-

(1) Usuram bessem hic describi notat Cujac. *Observ.* II. 18.

(2) Ratio dubitandi; quia in contractu Depositi, duntaxat ex mora debentur usuræ.

(3) Hic contractus, non est simplex Depositi contractus : habet adjecta pacta ab ordinariis hujus contractus legibus exorbitantia; quæ tamen pacta contractum cui adjecta sunt, informant. Ideo decisio quæstionis petenda non est ex ordinariis regulis quæ servantur in contractu Depositi; sed petenda est ex conventione quæ huic contractui adjecta est, et hunc informat.

(4) Subaudi, *millia.*

(5) Vandewater legit : et ob publicam utilitatem coercendum est et vindicandum reipublicæ causa. Fr. Ramos Antecessor Salmanticensis legit : *publica utilitas,* id est, publica morum corruptela.

(6) Id est, repugnans utilitati publicæ.

(7) *Quand ils font banqueroute.*

(8) Ita tamen ante privilegia admittuntur, si pecunia deposita extet; sin, habent quidem privilegium, sed post cætera privilegia : ut distinguit lex 24. § 2. ff. *de Reb. auctorit. jud. possid.* quam vide d. tit. Scholtingius aliter has leges conciliat, et censet d. legem 24. § 2. non habere locum nisi in Deposito irregulari; quum hoc actum est ut eadem quantitas pecuniæ, non eadem in specie nummorum corpora redderentur : in vero autem Deposito pecuniæ quæ obsignata deposita est, locum esse decisioni legis 7. § 2. et legis 8 h. t. et Depositarium præferri privilegiis, sive extat pecunia deposita, sive non.

cultatibus (1): idque propter necessarium usum Argentariorum, ex utilitate publica receptum est. Plane sumptus causa qui necessarie factus est, semper præcedit. Nam deducto eo, bonorum calculus subduci solet. *l.* 8. Papin. lib. 9. quæstion.

Illud Item quæritur: Utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt, an vero simul omnium Depositariorum ratio habeatur? Et constat simul admittendos; hoc enim Rescripto Principali significatur. *d. l.* 7. § 3.

LIV. *Illud etiam singulare est in actione* Depositi; *quod per nullam compensationem, deductionem, aut Doli exceptionem, quasi Depositarius et ipse aliquas actiones habeat, excludi aut differri possit.* l. 11. Cod. h. t.

§ 2. *Quæ aliæ actiones Depositori competere possint.*

LV. *Actio* Depositi *cum aliis actionibus potest concurrere.*

Nam Competit etiam Condictio (2), depositæ rei nomine: sed non antequam id dolo admissum sit. Non enim quemquam hoc ipso quod Depositum accipiat, condictione obligari; verum quod dolum malum admiserit. *l.* 13. § 1. Paul. lib. 31. ad Sabin.

Item Si sacculum vel argentum signatum deposuero; et is penes quem Depositum fuit, me invito contrectaverit: et Depositi, et Furti actio mihi in eum competit. *l.* 29. Paul. lib. 2. sentent.

Concurrit etiam cum actione Ad exhibendum, et Rei vindicatione.

Unde Alexander: Quod si prætexto latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus, res quæ in potestate heredis sunt, vel quæ dolo desiit possidere, non restituuntur; tam Depositi, quam Ad exhibendum actio, sed et In rem vindicatio competit. *l.* 1. *Cod. h. t.* ¶ *quod si.*

Item concurrit cum actione Legis Aquiliæ; *ut vid. supra lib.* 13. *Tit.* Commodati.

ARTICULUS V.

De actione Depositi *Contraria.*

LVI. Ei apud quem Depositum esse dicetur, Contrarium judicium Depositi datur. In quo judicio merito in litem non juratur (3): non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus qui Depositum suscepit. *l.* 5. Ulp. lib. 30. ad Ed.

Nempe datur ad repetendos a Depositore sumptus, quos circa rem depositam Depositarius fecit.

Igitur V. G. Actione Depositi conventus, servo constituto (4), cibariorum nomine apud eumdem judicem utiliter experietur. *l.* 23. Modestin. lib. 2. different.

LVII. *Ex hac etiam causa actio* Depositi *datur, quod servus depositus damnum Depositario dederit, furtumve ei fecerit: ut obiter definitur in l.* 61. § 5. *ff.* de Furtis *et in l.* 31. *ff.* de Pignorat. act.

SECTIO III.

De Sequestratione.

§ 1. *Quid sit Sequestratio, et de ejus natura.*

LVIII. *Sequestratio seu Sequestrum, est quædam Depositi species.*

Proprie autem in Sequestro est Depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur. *l.* 6. Paul. lib. 2. ad Edict.

Hinc Sequester dicitur apud quem plures eamdem rem de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt, committitur. *l.* 110. *ff. de Verb. signif.* Modestinus lib. 6. Pandectarum.

LIX. *Diximus Sequestrationem esse Depositi speciem. Differt autem in nonnullis a Deposito ordinario.*

1.° *In Deposito ordinario* Licet deponere tam plures quam unus possint, attamen apud Sequestrum nonnisi plures deponere possunt. Nam tum id fit, quum aliqua res in controversiam deducitur. Itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, quum rem communem plures deponunt (5). *l.* 17. Florentin. lib. 7. institut.

2.° *Depositum ordinarium nonnisi ex conventione fit. Sequestratio fit interdum citra conventionem, auctoritate judicis; maxime quum ambigua est rei litigiosæ possessio.*

Hic observandum, ex Constitutione Honorii et Theodosii prohiberi ne judex pendente lite sequestret pecuniam quam quis sibi deberi contendit (6). *l.* 1. *Cod.* de Prob. sequestr. pecun.

3.um *Discrimen est quod, in Deposito ordinario mera rei custodia Depositario committitur: in Sequestrum interdum possessio transfertur: ut jam obiter vidimus supra N.* 9.

Servus autem ita rem dominicam citra voluntatem domini sequestrare non potest.

(1) Diverso tamen modo. Nam in eo quod superest ex pecunia deposita, habet Depositarius privilegium ante omnia privilegia: in cæteris bonis, habet quidem privilegium, sed post cætera privilegia; ut dicitur in l. 24. § 2. ff. *de Reb. auctor. jud. possid.* Aliter D. Schulting. Vid. Not. præced.

(2) Furtiva.

(3) Ut in *Directo*; supra N. 45.

(4) Probabilis est emendatio Cujacii, qui legit *restituto*. Sensus est: quamvis actione *Depositi* conventus, omiserim allegare impensas quas feci, at servum restituerim; nihilominus possum de his *Contrario* judicio agere.

(5) Hoc enim casu pro sua quisque parte deponit.

(6) Quod observabatur antea, quum quis ex chirographo suo conventus excipiebat *De falso.* l. un. Cod. Theod. *Si cert. pet. ex chirograph.*

Hoc docet Labeo. Ita ille: Servus tuus pecuniam cum Attio in Sequestro deposuit apud Mævium; ea conditione ut ea tibi redderetur, si toam esse probasses; si minus, ut Attio redderetur. Posse dixi, cum eo apud quem deposita esset, Incerti agere, id est, Ad exhibendum; et exhibitam Vindicare, quia servus in deponendo, tuum jus deterius facere non potuisset. *l.* 33. Labeo lib. 6. posteriorum a Javoleno Epitomatorum.

4.um *Discrimen est, quod in Deposito ordinario res deposita statim reposci potest; in Sequestratione autem, tunc demum quum impleta fuerit conditio Sequestrationis* (1).

§ 2. *De Sequestri officio.*

LX. *Sequester legem sequestrationis observare debet.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Is penes quem utramque partem, transactiouis vel alia instrumenta, commeudasse dicis, legem qua hæc suscepit servare necesse habet. *l.* 6. *Cod. h. t.*

Quæritur, Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? Et ait Pomponius adire eum Prætorem oportere: et ex ejus auctoritate denuntiatione facta his qui eum elegerint, ei rem restituendam qui præsens fuerit. Sed hoc non semper verum puto. Nam plerumque non est permittendum, officium quod semel suscepit contra legem Depositionis deponere; nisi justissima causa interveniente: et quum permittitur, raro ei res restituenda est qui venit: sed oportet eam arbitratu judicis, apud ædem aliquam deponi. *l.* 5. § 2. Ulp. lib. 30. ad Ed.

§ 3. *De actionibus ex Sequestratione.*

LXI. *Ex Sequestratione eædem actiones competunt, quæ ex Deposito ordinario.*

Etenim Cum sequestro recte agetur Depositi, Sequestraria actione; quam et in heredem ejus reddi oportet. *l.* 12. § 2. Pompon. lib. 22. ad Sabin.

LXII. *Hæc autem actio ex dolo sequestri datur, si rem non reddiderit; aut non ubi, quomodo, vel cui reddi oportet, reddiderit.*

Ubi reddi debeat, docet Ulpianus. Ita ille: In sequestrum Depositi actio competit. Si tamen cum sequestro convenit ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat; teneri eum palam est. Quod si de pluribus locis convenit; in arbitrio ejus est quo loci exhibeat. Sed si nihil convenit; denuntiandum est ei, ut apud Prætorem exhibeat. *l.* 5. § 1. Ulp. lib. 30. ad Ed.

Quando autem reddi oportet quod sequestratum est? Nimirum quum conditio Sequestrationis extitit.

Hinc Valerianus et Gallienus: Propter instrumenta quidem quæ te deposuisse cum adversario tuo dicis; ut, residua pecunia quæ ex Condictione debebatur soluta, ea reciperes; si id quod placuerat impleti, sequestrum potes convenire. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Obiter nota: Quamvis autem hæc reddita non fuerint; tamen adversus eum a quo fundum conduxeras, si omne quod ex contractu debebatur reddidisti, ipsis solutionibus tutus es. *d. l.* 5. *Cod.*

LXIII. *Vidimus ex dolo sequestri nasci actionem; nimirum quum non reddit, ubi, quando, et cui reddi oportet.*

Lata etiam culpa in Sequestri sicut et in Depositi actione præstatur; et pro dolo habetur.

Hinc Si hominem apud se depositum, ut quæstio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem (2) extensum, sequester solverit misericordia ductus dolo proximum esse quod factum est, arbitror: quia cum sciret qui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit; cum posset non suscipere talem causam (3) quam decipere. *l.* 7. Ulp. lib. 30. ad Ed.

SECTIO IV.

De Deposito simulato.

LXIV. *Interdum ex Deposito simulato eædem actiones dantur, quæ ex Deposito vero; quum quis suum aliter servare non potest: ut in specie sequenti.*

Lucius Titius quum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit; cui etiam dotem dedit, quam sub titulo Depositi (4) in cautionem contulit: et postea nulla denuntiatione a domino facta (5), pater decessit; mox et Pamphilus servus. Quæro qua actione Seia pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit? Paulus respondit: Quoniam dos constitui non potuit (6), ex causa Depositi actione De peculio pecuniam repetendam. *l.* 27. Paul. lib. 7. respons.

(1) Vid. l. 9. § 3. ff. *de Dolo malo*, et infra N. 62.

(2) Tormenti species.

(3) Supple, *potius*; ut alias sæpissime.

(4) Simulatum erat Depositum: neque enim pecunia dabatur custodiæ gratia, sed ad sustinenda onera hujus injusti matrimonii.

(5) Nam si dominus denuntiasset ne Seia servo suo jungeretur, non esset huic quæstioni locus. Seia enim ex Senatusconsulto Claudiano facta fuisset ancilla ejus cujus erat servus. Vid. Paulum lib. 2. *Sentent.* tit. 21. et Cujacium Observ. lib. 21. cap. 16.

(6) Nulla enim dos, ubi non sunt justæ nuptiæ; quæ eum servo esse non possunt.

LIBER DECIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

MANDATI VEL CONTRA.

ABSOLUTA *tractatione de contractibus qui* Re *perficiuntur, transeunt Pandectarum ordinatores ad eam classem contractuum qui nudo consensu perficiuntur: ac primo tractant de contractu* MANDATI.

Quæ ea de re in hoc Titulo traduntur, in tres partes distribuemus. Prima erit de ipso contractu Mandati: secunda, de actionibus quæ ex hoc contractu descendunt. In tertia videbimus quando solvatur Mandatum.

PRIMA PARS.

De contractu Mandati.

I. MANDATUM (1) *est contractus quo quis negotium gerendum committit alicui gratis illud suscipienti; animo invicem contrahendæ obligationis.*

SECTIO I.

De his quæ ad substantiam Mandati pertinent.

Ex ipsa Mandati definitione sequitur, tria ad substantiam Mandati requiri: 1.° Ut sit negotium quod gerendum alter committat, alter suscipiat; 2.° Ut gratis gerendum suscipiatur; 3.° Ut animo contrahendæ invicem obligationis committatur et suscipiatur.

ARTICULUS I.

De negotio quod ad Mandati substantiam requiritur.

Circa negotium quod ad substantiam contractus Mandati requiritur, hæc desiderantur: 1.° Ut sit gerendum, non jam gestum; 2.° Ut sit honestum; 3.° Ut tale sit quod in persona Mandatoris et Mandatarii possit consistere; 4.° Ut non solam Mandatarii utilitatem spectet.

§ 1. *Negotium quod mandatur, debere esse gerendum, non jam gestum.*

II. *Hujus regulæ exemplum est quod*, Si post creditam pecuniam, mandavero creditori credendam; nullum esse Mandatum, rectissime Papinianus ait.

Plane si, ut expectares nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam; verum puto, omne nominis periculum debere ad Mandatorem pertinere (2). *l.* 12. § 14. ULP. LIB. 31. AD ED.

Idem ait, Si tutor mandet suscipi vel probari nomen quod fecerat, teneri (3) eum Mandati; scilicet quondam pupillo suo vel curatori ejus. *d. l.* 12. § 15.

§ 2. *Negotium quod mandatur, debere esse honestum et rei licitæ.*

III. *Huic regulæ consentaneum est quod ait Ulpianus:* REI TURPIS NULLUM MANDATUM EST; et ideo hac actione (4) non agetur. *l.* 6. § 3. ULPIAN. LIB. 31. AD ED.

Hinc Qui ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, Mandatum suscipiat; nihil Mandati judicio consequi potest, propter

(1) D. Noodt sic dictum putat ex eo quod data manu dextra fidem mandatæ susceptæque operæ invicem alligabant. Hinc apud Auctores: *Cedo dexteram.*

(2) Quum enim mandavi tibi ut dilationem dares debitori; non mandavi tibi aliquid quod jam fecisses, ut in superiori specie.

(3) Quum enim tutor mandat quondam pupillo ut suscipiat nomen quod posset reprobare; mandat ei negotium gerendum, non jam gestum.

(4) *Mandati.*

turpitudinem Mandati. *l.* 22. § 6. Paul. lib. 32. ad Ed.

Observa negotium inhonestum æstimari, non solum in se sed ex causa propter quam mandatur.

Hinc Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens Mandatum susceperis: non habebis Mandati actionem, quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas; non obligabitur Mandati, quasi adversus bonam fidem Mandatum sit. *l.* 12. § 11. Ulp. lib. 31. ad Ed.

IV. *Quod si Mandatarius juste ignoraverit ex inhonesta causa mandari, aut illicitum esse quod mandatur; Mandati actionem habebit.*

Hinc non solum Si quis mandaverit filiofamilias credendam pecuniam, non contra Senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa ex qua De peculio, vel De in rem verso, vel Quod jussu pater teneretur: erit licitum Mandatum. Hoc amplius dico: Si cum dubitarem utrum contra Senatusconsultum acciperet, an non; nec essem daturus contra Senatusconsultum accipienti; intercesserit qui diceret, non accipere contra Senatusconsultum; et, Periculo meo crede, vel dicat, Bene credis; arbitror locum esse Mandato, et Mandati eum teneri. *d. l.* 12. § 13.

§ 3. *Negotium quod mandatur, tale esse debere ut possit in Mandatoris persona consistere.*

V. *Hujus regulæ ratio hæc est; quia scilicet repugnaret ut quis ex Mandato meo seu vice mea facere aliquid intelligeretur, quod a me fieri repugnet.*

Hinc Si quis Titio mandaverit ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet; Mandati eum non acturum, Papinianus libro 3 Responsorum scribit; quia (1) de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo (2) usuras eum petere non posse quasi ex causa Mandati, si in stipulationem deductæ non sunt. *l.* 10. § 4. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Similiter Apud Julianum libro 13 Digestorum quæritur; Si dominus jusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et feneraro periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet duntaxat; si pluris fenerare potuisset, ipse lucraretur: in creditam (3) pecuniam videtur (inquit) accepisse.

Plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandati quoque eum teneri (4): quemadmodum solet Mandati teneri debitor qui creditoris sui negotia gessit. *l.* 6. § 6. Ulp. lib. 31. ad Ed.

VI. *Negotium etiam agitur quod in persona Mandatoris consistere non potest, si quis mandet rem suam emi. Hoc tamen Mandatum sustinetur benigne contra rationem Juris in specie sequenti* Si hi quorum res væneunt quas pignori dederunt, supposuerunt emptores, et eis emendas res mandent; Mandatum intelligitur: licet quantum ad meram rationem Mandatum non consistit (5): nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuæ. *l.* 22. § 3. Paul. lib. 32. ad Ed.

VII. *Cum negotium quod mandatur, in persona Mandatoris debeat posse consistere; hinc etiam sequitur quod* Quum servus extero se mandat emendum, nullum Mandatum (6) est. *l.* 54. Papin. lib. 27. quæst.

Quod si servus mandaverit alicui ut ipsum emeret et emptum manumitteret; Mandatum quoad posteriorem partem valebit, scilicet quoad factum manumissionis; et eo nomine dominus Mandati agere poterit, ipse autem Mandati non obligabitur. Emptio autem venditio quæ in vim hujus inutilis Mandati facta fuerit, ultro citroque obligabit.

Hæc docet Papinianus qui ita pergit: Sed si in hoc Mandatum intercessit ut servus manumitteretur, nec manumiserit; et pretium consequetur dominus ut venditor; et affectus ratione, Mandati agetur (7): finge filium naturalem vel fratrem esse:

(1) Sensus est: Titius a servo meo actore meam pecuniam mutuam accipiendo, mihi obligatur: non potest igitur hoc negotium in causam Mandati cadere, cum in persona Mandatoris consistere non possit; neque enim ego Mandator possem meam pecuniam mutuam accipere, et me mihi obligare.

(2) In contractu Mandati, cum bonæ fidei sit, veniunt usuræ ex mora: ut videb. infra N. 40. Verum cum in hac specie nullum possit Mandatum consistere, nec alius contractus videatur intervenisse quam contractus Mutui qui est stricti Juris; usuræ non debentur, nisi fuerint in stipulatum deductæ. ut videb. Tit. *de Usuris*, infra lib. 22.

(3) Non potest intelligi etiam in hac specie Mandatum: in hac enim specie videtur procurator mutuam accipere pecuniam domini: tale autem Mandatum non potest consistere; ut vidimus in Nota præcedenti.

(4) Scilicet quod a se non exegerit: hoc enim in mandata generali administratione continetur.

(5) Rei enim suæ emptio in persona Mandatoris non posset consistere.

(6) Nam nec ex persona servi, nec ex persona domini potest consistere. 1.° Non ex persona servi: non enim potest ex persona servi consistere Mandatum nisi illius rei quam, si liber esset, mandare posset; atqui, si liber esset, non posset mandare se emi; cum liberi hominis nulla emptio esse possit. 2.° Non potest ex persona domini Mandatum valere: cum enim rei suæ emptio per rerum naturam esse non possit, non potest mandare rem suam emi. Nec obstat quod in specie legis 22. § 3. mox supra, Mandatum rei suæ emendæ sustinetur; nam hoc contra rationem Juris obtinuit, adeoque non est producendum ad consequentias.

(7) Mandatum de servo emendo non valet; quia dominus servum suum ipse emere non potuisset. At Mandatum, de eo postquam emptus fuerit manumittendo, valet: nam manumissio servi est factum quod in persona domini ex cujus persona Mandatum valet, potest consistere. Recte igitur aget dominus actione *Mandati* adversus servi emptorem eumdemque Mandatarium; ut Mandatum exequatur et servum manumittat. Nec dicas neminem agere posse ut aliquid fiat, nisi ejus intersit. Nam interesse potest propter rationem affectus quæ in hac specie attenditur.

placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam. Quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter judicio Venditi liberari (1) potest) quæri solet an utiliter De peculio (2) agere possit? Et verius et utilius videtur Prætorem (3) de hujusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferunt. *d. l.* 54.

Hæc adhuc apertius docent Diocletianus et Maximianus qui ita rescribunt: Si servus extero se mandaverit emendum; quamvis nec ex persona servi (quia hoc liber mandare non potest), nec ex domini persona (quoniam qui mandat ut a se res comparetur, inutiliter Mandat) consistere credebatur actio; tamen optima ratione, quia non id agitur ut ex ipso Mandato, sed propter Mandatum ex alio contractu nascatur actio (4), domino quæri placuit obligationem (5). Si itaque domino ignorante emi te mandasti, ac te nummos subministrante peculiares soluti sunt; emptori minime liberatio per hujusmodi factum placuit pervenire (6).

Nec tamen si tradita nec manumissa es, etiam Mandati de ancilla, et Empti (7) de pretio consequendo contrarias (8) actiones ei exercere concedi placuit. Sane in arbitrio illius relictum est, utrumne mancipium an pretium consequi velit, cum ex peculio quod ejus fuit, solutio celebrata, obligationis vinculo emptorem liberare non potuerit. *l.* 1. *Cod. Si servus extero.*

VIII. *Diximus, quum servus extero mandat se emendum et manumittendum, Mandatum valere quidem quoad posteriorem partem; non tamen ex tali servi contractu dominum Contraria* Mandati *actione obligari De peculio, cum is contractus sit quo servus se domino subtrahere curat.*

Idem dic de casu quo servus se mandat ita emendum, ut emptor redimi eum patiatur. Quocirca, Servus meus si de semet emendo mandaret ut redimatur; Pomponius eleganter tractat, an is qui servum redemerit ultro convenire (9) possit venditorem ut servum recipiat? quoniam (10) Mandati actio ultro citroque est. Sed esse iniquissimum Pomponius ait, ex facto servi mei cogi me servum recipere quem in perpetuum alienari volueram. Nec magis in hunc casum debeo Mandati teneri, quam ut eum tibi venderem (11). *l.* 19. ULP. LIB. 43. AD SABIN.

IX. *Hactenus de servo. Quod si liber homo bona fide serviens mandet ut ematur, ex subtilitate Juris Mandatum non consistit; benigne tamen sustinetur.*

Igitur Si liber homo bona fide serviens redimi se mandaverit, idque nummis emptoris factum sit; Contraria Mandati actione agi posse, constat: ut tamen actiones præstentur quas habet emptor (12) adversos venditorem. Finge (13) non manumisisse liberam personam, emptorem. *l.* 54. § 1. PAPIN. LIB. 9. QUÆST.

Consonat quod Si liber homo, quum bona fide serviret, mandaverit Titio ut redimeretur; et nummos ex eo peculio dederit, quod ipsum sequi, non apud bonæ fidei emptorem relinqui debuit; Titiusque pretio soluto, liberum illum manumiserit; mox ingenuus pronunciatus est: habere eum Mandati actionem (14) Julianus ait adversus eum cui se redimendum mandavit: sed hoc tantum inesse Mandati judicio, ut sibi actiones mandet quas habet adversus eum a quo comparavit. Plane si eam pecuniam dederit, quæ erat ex peculio ad bonæ fidei emptorem pertinente; nullæ ei (inquit Julianus) mandari actiones possunt; quia nullas

(1) Solutio enim non valet nec liberationem parit, nisi pecunia soluta fiat accipientis: non potest autem pecuniam facere accipientis, nisi suam solvat; secus, si eam quam servus in peculio habebat: non potest enim hanc pecuniam facere accipientis, quæ jam ejus erat; pecunia quæ jam mea est, mea fieri amplius non potest.

(2) Actione *Mandati* Contraria *De Peculio* ex contractu servi.

(3) Prætor quum ex contractibus servorum actionem *De peculio* adversus dominos dedit hac ratione innixus est; quod dominus qui peculium servo concedit, intelligitur ipsi permittere ut intra peculii vires contrahat. Sed certe non potest intelligi dominis eos contractus servo permisisse, quibus se mala ratione ipsi subtraheret, ergo nec de his contractibus cogitavit Prætor, quum actionem *Ex peculio* dedit. Vid. TIT. *de Peculio* supra lib. 15.

(4) *Propter Mandatum*, id est, occasione Mandati inutilis, *ex alio contractu* utili, scilicet venditionis, *actio nascatur.*

(5) Venditi scilicet.

(6) Vid. supra Not. (1).

(7) Id est, *Venditi*; hæc nomina sæpe confunduntur.

(8) Ideo has duas actiones appellat invicem *contrarias*, quia videtur repugnare bonæ fidei, ut simul petat pretium servi venditor, et emptorem compellat ad hunc manumittendum.

(9) Actione *Mandati* Contraria.

(10) Nam valet Mandatum quo servus, dum adhuc venditoris esset, mandavit emptori ut postquam eum emisset, pateretur eum a venditore redimi: et ex hoc Mandato quæsita est actio priori domino, scilicet venditori, ut emptorem compellat ad retro vendendum servum. Videbatur ergo quod vice versa deberet venditor actione Contraria *Mandati* cogi ad hunc recipiendum; *quoniam, etc.* Hæc ratio dubitandi.

(11) Id est, sicut servus meus non potest ex contractu suo me obligare, ut eum vendam; ita nec me obligare potest, ut eum, postquam vendidero, recipiam.

(12) Qui bona fide emit liberum hominem, habet actionem *Empti* et actionem de Evictione adversus venditorem; quum apparuerit hominem emptum esse liberum. In hac autem specie emptor qui a libero homine quem emit recipit Contraria actione *Mandati* pretium quod solvit, debet ei præstare istas actiones quas adversus venditorem habet.

(13) Nam si emptor eum manumisisset, quamvis inutiliter; actiones evictionis nomine adversus venditorem habere desiisset: cum eum manumittendo, sua voluntate perdidisse videatur: ut videb. TIT. *de Act. Empti* infra lib. 19.

(14) Directam.

habet, cum ei suos nummos emptor dederit. Quinimo (inquit) Ex vendito manebit obligatus. Sed et hæc actio (1) inutilis est; quia quantum fuerit consecutus, tantum Empti judicio necesse habebit præstare (2). *l.* 8. § 5. ULP. LIB. 31. AD ED.

§ 4. *Negotium quod mandatur, tale esse debere ut in personam Mandatarii cadere possit.*

X. *Ex hac regula sequitur, non posse consistere Mandatum emendæ rei quæ esset Mandatarii propria.*

Benigne tamen admittitur ut Mandatum emendæ rei quæ pro parte Mandatarii est, in solidum valeat.

Unde Julianus scripsit : Mandati obligationem consistere etiam in rem ejus qui Mandatum suscipit, ex eo maxime probari quod si, pluribus heredibus vendentibus, uni mandavero ut rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte qua heres sit, obligatur Mandati actione et obligat. Et sane si ille propter hoc extraneo rem non addixerit, quod Mandatum susceperat; ex bona fide esse, præstare ei pretium quanti vendere poterat. Et contra, si emptor (3) ad emptionem rei sibi necessariæ idcirco non accesserat quod heres recepisset (4) se ei empturum; æquissimum esse, Mandati judicio præstari quanti ejus interfuit emptam rem habere. *l.* 22. § 4. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Circa hanc speciem eleganter ita disputat Africanus. Quum heres ex parte esses, mandavi tibi ut prædium hereditarium mihi emeres certo pretio: emisti. Pro coheredum quidem partibus non dubie Mandati actio est inter nos : pro tua autem parte, posse dubitari ait utrumne Ex Empto an Mandati agi oportet. Neque enim sine ratione quem existimaturum, pro hac parte sub conditione (5) contractam emptionem. Quod quidem maxime quæri pertinere ait : ut, si forte priusquam emptio fieret, decesserim, et tu, cum scires me decessisse, propter Mandatum meum alii vendere nolueris, an heres meus eo nomine tibi sit obligatus; et retro, si alii vendideris, an heredi meo tenearis? Nam si quidem sub conditione emptio facta videtur, potest agi; quemadmodum si quævis alia conditio post mortem extitisset. Sin vero perinde Mandati agendum sic ac si alienum fundum emi mandassem; morte insecuta, cum id scieris, resoluto Mandato, nullam tibi actionem cum herede meo fore (6). Sed etsi (7) Mandati agendum esset; eadem præstanda quæ præstarentur, si Ex empto ageretur. *l.* 34. § 1. AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

§ 5. *Negotium quod mandatur, illud esse debere quod non solum Mandatarii utilitatem spectet : de cætero nil referre ad quem pertineat.*

XI. *Consentaneum est huic regulæ quod ait Gaius :* Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quod si tua tantum gratia tibi mandem; supervacuum est Mandatum : et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. *l.* 2. GAIUS LIB. 2. RER. QUOTID. SIVE AUREORUM.

XII. *Mandati quod utilitatem solius Mandatarii contineat, exemplum subdit idem Gaius :* Tua autem gratia intervenit Mandatum, veluti si mandem tibi ut pecunias tuas potius in emptiones prædiorum colloces quam feneres; vel ex diverso, ut feneres potius quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis Mandatum, magis consilium est quam Mandatum : et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur; quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. *d. l.* 2. § 6.

Mandatum quod Mandatarii solius utilitatem respicit non esse verum Mandatum, docet etiam Celsus. Ita ille : Quum mando tibi ut credendo pecuniam negotium mihi geras, mihique id nomen præstes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit : puto Mandatum posse consistere. *l.* 48. § 1. CELSUS LIB. 7. DIGEST.

Cæterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen; id est, ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat; jam extra formam Mandati est; quemadmodum si mandem ut tibi quemvis fundum emas. *d. l.* 48. § 2.

Tamen ex tali Mandato actionem nasci quandoque et ex causa, scilicet si Mandatarius aliter non esset facturus, docet Ulpianus. Ita ille :

Plane si (8) tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit Mandati actio; nisi mea quoque interfuit : aut, si (9) non esses facturus nisi ego mandassem,

(1) Hæc actio *Venditi* inutilis est venditori.

(2) Emptori; cui hominem venditum, utpote liberum, habere non licet.

(3) Id est, qui mandavit emi.

(4) Hanc lectionem prætuli Vulgatæ quæ habet, *heredi præcepisset.*

(5) Sub ea conditione scilicet, si cæteri coheredes venderent.

(6) Nam Mandatum solvitur morte Mandatoris : ut videb. infra Part. 3.

(7) Sensus est : sed et si dicamus Mandatum hoc negotio contineri, et posse agi *Mandati*; tamen Jure singulari tale Mandatum non videbitur solutum morte Mandatoris; venientque eadem in actionibus ex hoc Mandato, quæ venirent in actionibus *Ex empto et vendito.*

(8) Textum hunc legis 6. § 5. expono eo sensu, quo et a Latinis omnibus et etiam a Græcis interpretibus fuit intellectus. Aliter eum intelligit D. Noodt, censetque versiculum *aut si non esses, etc.* [cujus lectionem mutat legendo *at si non esses*] non referri ad id quod immediate in hoc § 5. præcedit; sed referri ad § 4 mox infra : cujus etiam lectionem mutat legendo, *si tibi mandavero quod mea intererat*, detracta negatione.

(9) Id est, si quum tibi suaderem aliquid facere, dixisti mihi te nolle facere nisi tibi præcise mandem hoc facere; et ego mandavi. Hoc enim casu non nudum consilium do, sed periculo meo facere jubeo.

etsi mea non interfuit, tamen erit Mandati actio. *l.* 6. § 5. ULP. LIB. 31. AD ED.

XIII. *Dummodo autem negotium quod mandatur, solam Mandatarii utilitatem non spectet; nil refert ad quem pertineat, ad Mandatorem an ad quempiam alium. Nam et* Si tibi mandavero quod mea non interesat; veluti, ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas; erit mihi tecum Mandati actio; ut Celsus libro 7 Digestorum scribit; et ego tibi sum obligatus. *d. l.* 6. § 4.

Jam vero diversas Mandati species ita enumerat Gaius: Mea tantum gratia intervenit Mandatum: veluti si tibi mandem ut negotia mea geras, vel ut fundum mihi emas, vel ut pro me fidejubeas. *l.* 2. § 1. LIB. 2. RER. QUOTID. SIVE AUREORUM.

Aliena tantum: veluti si tibi mandem ut Titii negotia gereres (1), vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo fidejuberes. *d. l.* 2. § 2.

Mea et aliena: veluti si tibi mandem ut mea et Titii negotia gereres; vel ut mihi et Titio fundum emeres, vel et pro me et Titio fidejuberes. *d. l.* 2. § 3.

Tua et mea: veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei qui in rem meam mutuaretur. *d. l.* 2. § 4.

Tua et aliena: veluti si tibi mandem ut Titio sub usuris credas. *d. l.* 2. § 5.

Nota: Quod si ut sine usuris crederes; aliena tantum gratia intervenit Mandatum. *d.* § 5.

XIV. *Cum igitur ad Mandantis simul et Mandatarii utilitatem pertinere possit Mandatum: hinc* Interdum evenit ut meum negotium geram, et tamen utilem (2) habeam Mandati actionem. Veluti quum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat: aut quum rogatu fidejussoris cum reo experior. Nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus et illis negotium gero. Igitur quod minus servavero, consequar Mandati actione. *l.* 22. § 2. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Similiter: Quod mihi debebas, a debitore tuo stipulatus sum periculo tuo. Posse me agere tecum Mandati in id quod minus ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus, aiunt; quamvis id Mandatum ad tuam (3) rem pertineat. Et merito. Tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est; non quum periculo debitoris ab eo stipulatur. *l.* 45. § 7. PAUL. LIB. 2. AD PLAUTIUM.

Idem Juris est, si Mandatu fidejussoris cum reo egissem: quia sequenti Mandato (4) liberaretur ex priore causa. *d. l.* 45. § 8.

Aliud exemplum negotii quod tam Mandatoris quam Mandatarii intersit, habes quum creditor hereditarius mandat alicui adire suspectam hereditatem. De qua re ita Julianus: Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset DAMNUM PRÆSTARI, et hoc Mandatum intercessisset; fore Mandati actionem existimo. Si quis autem mandaverit alicui ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum acquisitum nunquam illi damno esse potuit; hereditas interdum damnosa est. In summa, quicumque contractus tales sunt ut quicumque eorum nomine fidejussor obligari posset; et Mandati obligationem consistere puto. Neque enim multum refert, præsens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet. Præterea vulgo animadvertere licet, Mandatu creditorum hereditates suspectas adiri; quos Mandati judicio teneri procul dubio est. *l.* 32. LIB. 3. AD URSEIUM FEROCEM.

Aliud exemplum habes in specie sequenti. Si quis mihi mandaverit in meo aliquid facere, et fecero; quæsitum est an sit Mandati actio? Et ait Celsus libro 7 Digestorum, hoc respondisse se; quum Aurelius Quietus hospiti suo Medico mandasse diceretur, ut in hortis ejus quos Ravennæ habebat, in quos omnibus annis secedere solebat, sphæristerium (5) et hypocausta (6) et quædam ipsius valetudini apta sua impensa faceret. Deducto igitur quanto sua ædificia pretiosiora fecisset; quod amplius impendisset, posse eum Mandati judicio persequi. *l.* 16. ULP. LIB. 31. AD ED.

ARTICULUS II.

Quo sensu ad substantiam Mandati requiratur ut sit gratuitum.

XV. Mandatum nisi gratuitum, nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio, merces: interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit. *l.* 1. § 4. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Hoc ita, si convenerit de certa re aut certa pecunia quasi pro pretio ejus quod quis facere suscipit. At Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit Mandati (7) actio. *l.* 6. ULP. LIB. 31. AD ED.

(1) Dices: Quomodo ex tali Mandato actio mihi quæri potest, cum nil mea intersit? Respondeo: Hoc ipso quod mando Titii negotia geri, gessisse videor; teneorque Titio actione *Negotiorum gestorum*: Interest ergo mea ut probe gerantur; ideoque Mandatarius tenetur mihi actione *Mandati*.

(2) Efficacem.

(3) Ita Florentina lectio: mallem cum Accursio *meam*.

(4) Quamvis meum negotium geram exigendo a debitore meo, tamen et ejus fidejussoris negotium gero: quia pergendo ad exitum hoc quod mihi dedit Mandatum exigendi a reo, liberabitur ex priore causa qua pro illo reo tenebatur erga me; unde mihi tenetur *Mandati*, de sumptibus quos fecero.

(5) Locus in balneis, rotunda forma, pilæ ludo accommodatus. Hunc ludum valetudini aptissimum Antiqui existimabant: unde ita Suetonius in VESPASIANO: *Valetudine prosperrima usus est, quamvis ad tuendam eam nihil amplius quam fauces cæteraque membra sibimet ad numerum in* SPHÆRISTERIO *defricaret.* Sic dictum est *Sphæristerium* a rotunditate, sive loci, sive pilæ quam Græci ΣΦΑΙΡΑΝ appellant.

(6) Quod Græcis *Hypocaustum*, Latinis *Vaporarium* dicitur; sudori excitando paratum.

(7) Id est, hoc non obstabit quominus contractus sit verum Mandatum, ex quo utrinque nascatur *Mandati* actio. Cæterum hoc honorarium non petetur actione *Mandati*, sed persecutione extraordinaria.

De persecutione hujus Honoris seu salarii, agemus infra Parte 2. Sect. 3.

XVI. *Abhorret quidem a natura Mandati, Mandatarium operæ suæ pretium pacisci: non item abhorret prospicere eum sibi de indemnitate sua, etiam acceptis pignoribus.*

Hinc Valerianus et Gallienus: Si tibi pupillorum pater ut pecuniam in rem suam servis ejus crederes mandavit, et in hanc rem æque ipso præcipiente pignora sunt obligata; et mandati actione pupillos, post mortem patris convenire, et exsequi (1) jus obligationis pignorum poteris, si in solutione cessabitur. *l.* 8. *Cod. h. t.*

ARTICULUS III.

De voluntate invicem se obligandi, quæ ad substantiam Mandati requiritur.

XVII. *Ad substantiam Mandati requiritur etiam, ut animo obligationis invicem contrahendæ negotium suscipiatur et committatur.*

Hinc Mandatum differt a Commendatione. *Nam qui commendat, non habet animum se obligandi. Igitur* Quoniam quidam talem epistolam scripsisset amico suo: » Rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum »; non obligabitur Mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est. *l.* 12. § 12. Ulp. lib. 31. ad Ed.

XVIII. *Hinc etiam ab admonitione aut consilio differt Mandatum. Enimvero Mandatum ultro citroque obligationem parit. Contra* Consilii non fraudulenti nulla obligatio est. Cæterum si dolus et calliditas intercessit; De dolo actio competit. *l.* 47. *de Reg. Jur.* Ulp. lib. 30. ad Ed.

Unde sequitur, Si quis ea quæ procurator suus et servi gerebant, ita demum rata esse mandavit si interventu Sempronii gesta essent; et male pecunia credita sit: Sempronium qui nihil dolo fecit, non teneri. Et est verum, eum qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et actoribus, et in regendis consilio, Mandati non teneri? sed si quid dolo fecerit, non Mandati, sed magis De dolo teneri. *l.* 10. § 7. Idem. lib. 32.

Differentiam admonitionis et Mandati, notat etiam Paulus. Si servi mei rogatu negotia mea susceperis; si duntaxat admonitus a servo meo id feceris, erit inter nos Negotiorum gestorum actio; si vero quasi Mandatu servi, etiam De peculio et De in rem verso agere te posse (2) responsum est. *l.* 42. *ff. de negot. gest.* Paul. lib. 32. ad Ed.

SECTIO II.

De forma Mandati, seu quomodo contrahatur.

XIX. Obligatio Mandati consensu contrahentium consistit. *l.* 1. Paul. lib. 32. ad Ed.

Ideo per nuntium quoque vel per epistolam, Mandatum suscipi potest. *d. l.* 1. § 1.

Igitur Si quis alicui scripserit ut debitorem suum liberet, seque eam pecuniam quam is debuerit, soluturum; Mandati actione tenetur. *l.* 27. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Item sive Rogo, sive Volo, sive Mando, sive alio quocumque verbo scripserit; Mandati actio est. *sup. d. l.* 1. § 2.

Tacite etiam Mandatum contrahitur. Hinc Qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur, mandare intelligitur (3). *l.* 18. Ulp. lib. 40. ad Sabin.

Similiter Papinianus: Qui fide alterius pro alio fidejussit præsente et non recusante, utrosque obligatos habet jure Mandati. *l.* 53. Papin. lib. 9. quæst.

Igitur Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire; Mandati teneor. Et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens; erit Mandati actio. *l.* 6. § 2. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Enimvero Semper qui non prohibet pro se intervenire (4), mandare creditur. *l.* 60. *de Reg. Jur.* Ulp. lib. 10. disput.

Quinetiam et ratihabitio Mandato æquipollet. Hinc statim subjicitur: Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur Mandati (5) actione. *d. l.* 60.

XX. *Non solum pure contrahi; sed* Item Mandatum et in diem differri, et sub conditione contrahi potest. *sup. d. l.* 1. § 3.

Quinetiam et post mortem meam aliquid fieri non inutiliter mando. Nam V. G. Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres; consistit obligatio. Potest autem (6) et in mea quoque persona agendi causa intervenire: velut si pœnitentia acta servum recuperare velim. *sup. d. l.* 25. § 1.

(1) Per actionem *Hypothecariam.*

(2) *Mandati.*

(3) Mandare intelligitur huic Mandatori ut hoc mandet.

(4) Quod accipe de omni interventionis specie; fidejussione, expromissione, defensione, etc.

(5) Et *Negotiorum gestorum* actionibus locus est, quia sine Mandato gestum est; et *Mandati* etiam agi potest, propter ratihabitionem quæ æquipollat Mandato. Electio est utriusque actionis. Ita Cujac. ad h. l.

(6) Præoccupat objectionem quæ peti potuisset ex Regula Juris: *Obligatio quæ non cœpit a defuncto aut contra defunctum, non potest ab herede et contra heredem incipere.*

SECUNDA PARS.

De actionibus quæ ex contractu Mandati descendunt.

Ex contractu Mandati duæ actiones descendunt; DIRECTA *quæ Mandatori datur adversus Mandatarium, ut ejus quod gerendum suscepit rationem reddat:* CONTRARIA *quæ Mandatario adversus Mandatorem datur, ut quod in negotium impendit, recipiat.*

XXI. *Tamen* Potest et ab una duntaxat parte Mandati judicium dari. Nam si is qui Mandatum suscepit, egressus fuerit Mandatum; ipsi quidem Mandati judicium non competit: at ei qui mandaverit, adversus eum competit. *l.* 41. GAIUS LIB. 3. AD ED. PROVINC.

Hinc quamvis is cui mandatum est litem persequi, fines Mandati egrediatur si transegerit; potest tamen conveniri ut reddat quod ex transactione consecutus est. Ita Scævola in specie sequenti: Quum controversia esset de hereditate defunctæ, inter scriptum heredem, et patruum Mævium et amitas: Mævius litteris ad sorores suas factis declaravit, commune futurum quidquid ad eum ex eventu litis hereditariæ perveniret (1); neque stipulatio litteras secuta est. Quæsitum est, cum transegerit idem Mævius cum scripto herede, ita ut prædia et aliæ quædam res ex ea transactione ad eum pervenirent; an ex litteris suis possit a sororibus conveniri? respondit, posse (2). *l.* 62. LIB. 6. DIGEST.

XXII. *Observandum etiam est, actiones* Mandati *posse cum aliis actionibus concurrere: ut in specie sequenti.* Si tutores mandaverint contutori suo mancipium emendum pupillo; et ille non emerit: an sit Mandati actio? Et utrum tantum Mandati, an vero et Tutelæ? Et Julianus distinguit. Referre enim ait, cujus generis servum tutores uoi tutorum mandaverint ut emeret. Nam si supervacuum servum, vel etiam onerosum; Mandati actione tantum eum teneri; Tutelæ, non teneri: si vero necessarium servum; tunc et Tutelæ eum teneri, non solum, sed et cæteros. Nam etsi mandassent (3), tenerentur Tutelæ cum servum pupillo necessarium non comparaverint: non sunt igitur excusati, quod contutori mandaverunt; quia emere debuerunt. Plane habebunt nihilominus Mandati actionem, quia Mandato non est obtemperatum. Contra quoque Julianus ait; Tutorem qui emit, Mandati actionem habere adversus contutores suos. *l.* 8. § 4. ULP. LIB. 31. AD ED.

De actionibus Mandati *Directa et Contraria, singulis Sectionibus agemus. In* 3.ª *vero Sectione, de persecutione extraordinaria salarii quod interdum Mandatario constituitur.*

SECTIO I.

De actione Mandati *Directa.*

ARTICULUS I.

Cui detur, et adversus quem.

§ 1. *Cui detur.*

XXIII. *Actio* Mandati *directa Mandatori datur; et quidem quamvis negotii dominus non sit.*

Hinc V. G. Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus qui ipse sibi mandaverat; habebit Mandati actionem, quia et ipse tenetur. Tenetur autem, quia (4) agere potest. Quanquam enim vulgo dicatur, procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse: tamen Mandati actio est. Ad agendum (5) enim duntaxat, hoc facere non potest. *d. l.* 8. § 3.

§ 2. *Adversus quem detur.*

XXIV. *Hæc actio adversus Mandatarium datur: et si plures fuerint, adversus singulos in solidum competit. Hoc docet Scævola:* Duobus quis mandavit negotiorum administrationem. Quæsitum est an unusquisque Mandati Judicio in solidum teneatur? Respondi: Unumquemque pro solido conveniri debere: dummodo ab utroque non amplius

(1) His litteris Mandatum suscipiebat persequendæ litis communis adversus heredem scriptum.

(2) Actione scilicet *Mandati*. Obligatur igitur Mævius qui transigendo fines Mandati egressus est; quamvis ipse sorores non habeat sibi obligatas.

(3) Alias *non mandassent*; sed male. Sensus est: Cum ad officium tutelæ pertineat emere quod pupillo necessarium est, tenentur actione *Tutelæ* tutores quod eum servum non emerint: nec solum is tenetur cui contutores mandaverunt emere; sed et cæteri tutores. Nam *etsi mandassent* (id est licet mandaverint) eum emi, tamen non ideo minus *Tutelæ* tenentur. Non enim ut officium suum adimplerent, sufficiebat eis mandare hunc servum emi; sed nisi Mandatarius emeret, debebant ipsi emere.

(4) Mandatarius cui mea negotia gerenda mandavi, etsi per se illa explicare non possit, tamen tenetur mihi; quia saltem poterat agere adversus eum cui illa vice sua explicanda mandavit. Si tenetur mihi, ergo ejus interest quod non gesta sint: ergo ille secundus Mandatarius ei tenetur.

(5) Id est, *ad litem*; sed facere potest procuratorem ad administrandum.

debito exigatur. *l.* 60. § 2. SCÆVOLA LIB. I. RESPONS.

ARTICULUS II.

Ex quibus causis hac actione agi possit, et quid in ea veniat.

§ 1. *De eo quod Mandatoris interest, si Mandatarius negotium quod gerendum susceperat, non gesserit; aut in eo gerendo aliquid omiserit; aut male gesserit.*

Prima causa :

Si Mandatarius negotium susceptum non gesserit.

XXV. *Ex hac causa*, Mandati *agitur in id quod interest Mandatoris negotium non esse gestum.*

Enimvero Sicut liberum est Mandatum non suscipere; ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit. *l.* 22. § 11. PAUL. LIB. 32. AD EDICT.

Et, si susceptum non impleverit, tenetur. *l.* 5. § 1. IBID.

V. G. Hominem quem mandavi tibi ut emeres, Si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta, alii cessisti ut emeret); aut si lata culpa (forte si gratia ductus, passus es alium emere); teneberis. *l.* 8. § 10. ¶ *sed etsi dolo.* ULP. LIB. 31. AD EDICT.

Pariter rescribunt Diocletianus et Maximianus : Ad comparandas merces data pecunia; qui Mandatum suscepit, fide rupta, quanti interest Mandatoris tenetur (1). *l.* 16. *Cod. h. t.*

Sed et de lite quam suscepit exequendam, Mandati eum teneri constat (2). *sup. d. l.* 8. § 2.

XXVI *Sed etsi Mandatarius gerere juste impeditus fuerit quod gerendum susceperat, nihilominus tenetur; si non nuntiaverit se non posse gerere, quum haberet copiam hoc nuntiandi.*

Hoc docet Gaius. Ita ille : Qui Mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet : alioquin, quanti Mandatoris intersit, damnabitur. Si vero intelligit explere se id officium non posse; id ipsum quum primum poterit, debet Mandatori nuntiare; ut is, si velit, alterius opera utatur. Quod si quum possit nuntiare, cessaverit; quanti Mandatoris intersit, tenebitur. Si aliqua ex causa non potest nuntiare, securus erit. *l.* 27. § 2. GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

XXVII. *Ex hac causa quod Mandatarius susceptum Mandatum non exsecutus sit*, Mandati actio tunc competit quum cœpit interesse ejus qui mandavit. Cæterum si nihil interest, cessat Mandati actio. Et eatenus competit, quatenus interest. Ut puta; mandavi tibi ut fundum emeres : si intererat mea emi, teneberis : cæterum si eumdem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid; cessat Mandati actio. Mandavi ut negotia gereres : si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est; aut si alius idonee gesserit, cessat Mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum. *l.* 8. § 6. ULPIAN. LIB. 31. AD ED.

Secunda causa :

Si in gerendo Mandatarius aliquid omiserit.

XXVIII. *Non solum ex hac causa quod Mandatarius prorsus non accesserit ad negotium gerendum; sed etiam ex illa quod in eo gerendo quædam omiserit, agitur hac actione in id quod Mandatoris interest.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Procuratorem non tantum pro his quæ gessit, sed etiam pro his quæ gerenda suscepit; et tam propter exactam ex Mandato pecuniam, quam non exactam; tam dolum quam culpam, sumptuum ratione bona fide habita, præstare necesse est. *l.* 11. *Cod. h. t.*

Et quidem etiam tenetur ob hoc quod a se non exegerit quod Mandatori ipse debebat.

Inde est quod Si negotia mea mandavero gerenda ei qui mihi actione intra annum in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum; etsi post annum cum eo Mandati agam, præstare mihi quadruplum debebit. Nam qui alterius negotia administranda suscepit, id præstare debet in sua persona quod in aliorum (3). *l.* 31. JULIAN. LIB. 14. DIGEST.

Inde etiam sequitur quod respondet Papinianus : Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos quinque provincia reversus, mox Reipublicæ causa profecturus, non acceptis rationibus Mandatum instauraverit. Cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit, quidquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam rationem transferre; secundi (4) temporis causa priorem litem suscipiet. *l.* 56. § 2. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Tertia causa :

Si Mandatarius male gesserit.

XXIX. *Ex hac causa etiam quod Mandatarius male gesserit, in id quod Mandatoris interest, agitur. Hinc* Si mandavero tibi ut excuteres vires hereditatis; et tu, quasi minor (5) sit, eam a me emeris : Mandati mihi teneberis. Tantumdem et si

(1) Adde l. 5. Cod. h. t.

(2) Si non executus sit.

(3) Adeoque tenetur a se exigere, ut ab aliis exigere tenetur.

(4) Id est, accipiendo Judicium quod ex posteriori Mandato oascitur ad reddendam rationem administrationis secundi temporis, videbitur effectu *priorem litem*, id est, actionem quæ ex priore Mandato nascebatur suscepisse; quia in actione ex posteriore Mandato venit quod a se non exegerit id quod ex causa prioris administrationis, ex causa prioris Mandati, debebat : adeoque effectu continetur in actione ex posteriore Mandato, quidquid contineretur in actione ex priore Mandato.

(5) Renuntiasti eam minorem esse quam revera erat, cum parum diligenter ejus vires excussisses : eo nomine mihi teneris, qui ideo eam minoris tibi vendidi.

tibi mandavi ut vires excuteres ejus cui eram creditorus; et renuntiaveris eum idoneum esse. *l.* 42. ULP. LIB. 11. AD ED.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Cum per procuratorem causam tuam læsam esse dicas, Mandati actio adversus eum tibi competit. *l.* 9. *Cod. h. t.*

Maxime autem dicendum est cum Labeone, Si per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, Mandati eum teneri. *l.* 8. § 1. ULP. LIB. 31. AD ED.

Obiter nota : Sed si solvendo non sit, tunc De dolo actionem adversus eum qui per collusionem absolutus sit, dandam ait. *d.* § 1.

XXX. *Diximus Mandatarium, sive gerere omiserit, sive male gesserit, tanti teneri quanti interest Mandatoris. Tanti autem videtur interesse Mandatoris, quum dominus negotii non est, quanti domini negotii interest; cum ipse domino in tantum teneatur.*

Hoc docet Javolenus. Ita ille : Si quis Mandatu Titii, negotia Seii gessit, Titio Mandati tenetur; isque æstimari debet quanti Seii et Titii interest. Titii autem interest quantum is (1) Seio præstare debet, cui vel Mandati (2) vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quidquam domino præstet : quia id abesse ei videtur, in quo obligatus est. *l.* 28. *ff. de Negot. gest.* JAVOLEN. LIB. 8. EX CASSIO.

§ 2. *De restitutione eorum quæ Mandatarius ex gestu retinet, aut culpa sua habere desiit; et harum rerum fructibus et usuris.*

XXXI. *Ex hac causa potissimum agitur* Mandati, *ut Mandatarius quidquid ex negotio gesto retinet, restituat.*

Enimvero Ex Mandato apud eum qui Mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere fœneratam pecuniam non potuit. *l.* 20. PAUL. LIB. 11. AD SABIN.

Proinde si tibi mandavi ut hominem emeres, tuque emisti; teneberis mihi ut restituas. *l.* 8. § 10. ULPIAN. LIB. 31. AD ED.

Sed et si restituas (3), et tradere debes. *d.* § 10. § *fin.*

De evictione autem non teneberis. Et si tibi cautum est de evictione, vel potes desiderare ut tibi caveatur; puto sufficere si mihi hac actione cedas: ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius præstes quam consecutus sis. *d.* § *fin.*

Idemque et in fundo, si fundum emit procurator. Nihil enim amplius quam bonam (4) fidem præstare eum oportet, qui procurat. *l.* 10. ULPIAN. LIB. 32. AD ED.

Sed etsi de sanitate servi procuratori cautum est, aut caveri potest, aut de cæteris vitiis; idem erit dicendum. At si culpa caveri non curaverit, condemnabitur. *d. l.* 10. § 1.

De tuo etiam facto cavere debes. *l.* 9. PAUL. LIB. 32. AD ED.

XXXII. *Non solum res corporales quas procurator ex gestu retinet, restituere debet : sed etiam si quas actiones quæsivit, eas hac actione Mandatori cedere tenetur; ut jam modo vidimus, et adhuc liquet ex specie sequenti. Nimirum* Qui Mandatum suscepit ut pecunias in diem collocaret, isque hoc fecerit; Mandati conveniendus est, ut cum dilatione (5) temporis actionibus cedat. *l.* 43. ULPIAN. LIB. 23. AD ED.

Similiter Paulus ait : Si Mandatu Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat stipulatus esset, non (6) donandi animo; Mandati judicio eum ab herede Titii posse conveniri ut actiones suas præstet. Idem est, et si exacta est a Calpurnio pecunia. *l.* 59. PAUL. LIB. 4. RESPONS.

His consequens est quod, si cui mandavero ut a Titio stipuletur; potero cum eo cui mandavi, agere Mandati ut eum accepto liberet, si hoc velim : vel si malim, in hoc agam ut eum deleget mihi vel si cui alii voluero. *l.* 10. § 6. ULPIAN. LIB. 32. AD ED.

XXXIII. *Quæ ex mandato negotio quæsierit Mandatarius, non ideo minus restituere tenetur quod ex sua pecunia ea comparaverit.*

Nam Et Papinianus libro 3 *Responsorum* scribit : Si mater pro filia dotem dederit, eamque mandante filia vel illico stipulata sit vel etiam postea; Mandati eam teneri : quamvis ipsa sit quæ dotem dederit. *d.* § 6.

XXXIV. *Observandum superest quod non solum si ante litem contestatam procurator aliquid ex gestu quæsiverit, sed etsi postea quæsivit, ea restituere condemnatur.*

Unde Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres; et ante exacta ea, Mandati tecum egero : si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat. *l.* 17. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

XXXV. *Et hæc quidem de his quæ Mandatarius ex gestu retinet.*

(1) Ipse Titius.

(2) Quia forte Seius prius mandaverat Titio negotia sua gerenda.

(3) Id est, restituendi copiam habeas.

(4) Porro bona fides seu æquitas hoc tantum præcipit ut restituat quod ex causa Mandati consecutus est, non ultra. Hinc male concludas procuratorem non teneri de culpa : nam hæc bona fides exigit ut exactam diligentiam adhibeat, et parem negotio quod gerendum suscepit.

(5) Quamvis dies earum actionum nondum venerit, tenetur Mandatarius eas præstare Mandatori : sed eas præstabit cum causa ipsarum, scilicet cum causa dilationis temporis.

(6) Cum Titius non hunc haberet animum ut Calpurnio donaret.

Sed et de his quæ culpa sua habere desiit, tenetur: secus, si culpa vacat.

Hinc Sed et si servus quem emisti (1), fugit, si quidem dolo tuo, teneberis: si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis; nisi ad hoc ut caveas, Si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum. *l.* 8. § 10. ¶ *sed etsi servus.* Ulp. lib. 31. ad Ed.

Item, quum fidejussores accepissent a reo pecuniam ut in causam fidejussionis solverent: Si ignorantes fidejussores debitorem solvisse, vel etiam acceptilatione sive pacto liberatum, ex substantia debitoris solverunt; non tenebuntur. Mandati. *d. l.* 8. § 7.

Maxime autem citra culpam rem habere desiisse videtur, qui ex voluntate Mandatoris habere desierit. An autem ex voluntate Mandatoris facere intelligitur, si procurator Mandatoris denuntiaverat ei ne faceret quod fieri Mandator jusserat? Circa hanc quæstionem ita distinguit Julianus: Si hominem tibi dedero ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit ne manumitteres; an Mandati agere possim, si tu eum manumiseris? Respondi, Si procurator justam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam ut manumitterem (veluti si comperit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitæ prioris domini struxisse); tenebor, nisi denuntiationi procuratoris paruero: si vero nulla justa causa procuratori fuit denuntiandi ne servus manumitteretur; non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim. *l.* 30. lib. 13. digest.

XXXVI. *De qua autem culpa teneatur Mandatarius, Diocletianus et Maximianus ita rescribunt.* A procuratore dolum et omnem culpam (2), non etiam improvisum casum præstandum esse, Juris auctoritate manifeste declaratur. *l.* 13. *Cod. h. t.*

Quanquam Et Aristoni et Celso patri placuit, posse rem hac conditione deponi, Mandatumque suscipi, ut res periculo sit ejus qui depositum, vel Mandatum suscepit. Quod et mihi verum esse videtur. *l.* 39. Neratius lib. 7. membr.

XXXVII. *Hactenus de rebus quas Mandatarius ex gestu retinet aut habere desiit.*

Veniunt quoque in hoc judicium harum rerum fructus.

Igitur Si ex fundo quem mihi emit procurator, fructus consecutus est; hos quoque officio judicis præstare eum oportet. *l.* 10. § 2. Ulp. lib. 32. ad Edict.

Non aliter tamen restituere fructus debet, quam deductis omnibus impensis quas ad eos percipiendos fecit. Nam Labeo ait (et verum est) reputationes quoque hoc judicium admittere. Et sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat; ita sumptum quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet. Sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in prædia; sumptum fecit; puto hos quoque sumptus repotare eum oportere: nisi si salariarius (3) fuit, et hoc convenit ut sumptus de suo faceret ad hæc itinera, hoc est, de salario. *d. l.* 10. § 9.

XXXVIII. *Veniunt etiam in hoc judicio usuræ: et quidem quatuor casibus.*

1.° *Enim* Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. *d. l.* 10. § 3.

2.° Sed et si pecuniam meam fenori dedit, usurasque consecutus est; consequenter dicemus debere eum præstare quantumcumque emolumentum sensit; sive, ei mandavi, sive non: quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. *d.* § 3.

Quod Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit: an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus? Et Labeo scripsit, restituere eum oportere; etiamsi hoc mandaverim ut gratuitam pecuniam daret, quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio Mandati. *d. l.* 10. § 8.

3.° Quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur quæ (4) legitimo modo in regionibus frequentantur. *sup. d.* § 8. ¶ *quod si non.*

4.° *Et si eam otiosam habuit, quum habere non deberet; usuras præstare tenetur: puta in hac specie.*

Dedi tibi pecuniam, ut creditori meo exsolvas: non fecisti. Præstabis mihi usuras, quo casu et a me creditor pecuniam creditam cum usuris recepturus sit. Et ita Imperator Severus Hadrianus, Democrati rescripsit. *l.* 12. § 10. Ulp. lib. 31. ad Edict.

An autem vel ex eo solo culpandus sit procurator, usurasque debeat; quod, quum posset pecuniam fenori dare quam ex causa Mandati habet, eam non dederit? Hoc ex consuetudine domini cujus negotia gessit, æstimandum. Ita enim Scævola: Quæsitum est an judicio Negotiorum gestorum vel Mandati pro pecunia otiosa usuras præstare debeat, quum dominus nullam pecuniam feneravit? Respondit, Si eam pecuniam positam habuisset, idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quicquam usurarum nomine præstare. *l.* 13. § 1. *ff. de Usuris.* lib. 1. respons.

XXXIX. *Observandum superest; usuras quas Mandatarius exegit, ab ipso velut sortem deberi; adeoque eaeum usuras prædictis casibus deberi.*

(1) Procuratorio nomine.

(2) Nec obstat lex 8. § 10. supra N. 25. ubi doli tantum et latæ culpæ videtur fieri mentio. Ibi enim non quæritur quæ culpa præstanda sit, sed quid reddi debeat.

(3) Id est, Mandatarius cum salario constitutus.

(4) Cujacius recta censet hanc phrasim *quæ legitimo modo, etc.* trajectam esse; et reponendam supra in casu 1.° post verba dicti § 3. *ex mora usuras mihi pendet.* Enimvero constat ex l. 38. ff. *de Negot. gest.* centesimas deberi eo casu quo gestor pecuniam in usus suos convertit.

Male Facius distinguit inter eum qui sine Mandato et eum qui cum Mandato administrat; ut hic non debeat maximas usuras, ille debeat. Eadem enim utrobique violata fidei ratio; et dicta lex 38. ff. *de Negot. gest.* generaliter loquitur de omni gestore qui aliena negotia administrat.

Hinc Denique Papinianus ait, Etiam, si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum præstare debere. *sup. d. l.* 10. § 3. ¶ *denique Papin.*

ARTICULUS III.

Qualis sit hæc actio.

XL. *Hæc actio famosa est. Hinc Constantinus :* In re mandata non pecuniæ solum cujus est certissimum Mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam SUÆ QUIDEM QUISQUE REI MODERATOR ATQUE ARBITER, non omnia negotia, sed PLERAQUE EX PROPRIO ANIMO FACIT : ALIENA VERO NEGOTIA EXACTO OFFICIO GERUNTUR; NEC QUIDQUAM IN EORUM ADMINISTRATIONE NEGLECTUM AC DECLINATUM CULPA VACUUM EST. *l.* 21. *Cod. h. t.*

Non tamen semper hac actione condemnatus infamia notatur, sed demum quum ex suo dolo suo nomine notatur : ut vid. Tit. de his qui not. Infamia. *supra lib.* 3.

Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere, non restituit. *l.* 8. § 9. ULP. LIB. 31. AD EDICT.

Item Dolus est, si quis nolit persequi quod persequi potest; aut si quis non exegerit, quod exigere potest aut solvere. *l.* 44. ISID. LIB. 62.

SECTIO II.

De actione Mandati *Contraria.*

Actio Mandati *Contraria est ea quæ procuratori datur, ut Mandator eum indemnem præstet ab his quæ in negotium implendum impendit, aut se obligavit.*

ARTICULUS I.

Quando huic actioni Contrariæ locus esse possit necne.

XLI. *Eatenus huic actioni locus est, quatenus Mandatarius fines Mandati non excessit.* Diligenter igitur fines Mandati custodiendi sunt. Nam qui excessit, aliud quid facere videtur. *l.* 5. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Sex casus fingi possunt, in quibus singulis videbimus an huic actioni locus esse possit necne.

Enimvero aut fecit quis simpliciter hoc quod sibi mandatum est; aut aliud fecit; aut plus, aut minus; aut fecit, sed deteriori conditione; aut meliori conditione fecit.

§ 1. *De primo casu, quum quis fecit simpliciter quod sibi mandatum est.*

XLII. *Hoc primo casu patet locum esse huic actioni.*

V. G. Et quidem si mandavi tibi ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quidquam statui, tuque emisti; utrinque actio nascitur. *l.* 3. § 1. PAUL. LIB. 32. AD ED.

§ 2. *De secundo casu, quum quis fecit aliud prorsus quam quod sibi mandatum est.*

XLIII. *Hoc casu patet non impletum esse Mandatum; adeoque huic actioni locum esse non posse.*

Et hoc obtinet, etsi id quod fecit magis expediret Mandatori quam quod mandatum est.

Itaque si mandavero tibi, ut domum Seianam centum emeres; tuque Titianam emeris longe majoris pretii, centum tamen, aut etiam minoris; non videris implesse Mandatum. *l.* 5. § 2. PAUL. LIB. 32. AD ED.

XLIV. *Videtur Mandatarius aliud quam quod mandatum est fecisse; si, quum ipsi mandatum esset ut nonnisi totam rem emeret, hujus partem duntaxat emit.*

V. G. Quod si fundum qui per partes vænit, emendum tibi mandassem; sed ita ut non aliter Mandato tenear, quam si totum fundum emeres : si totum emere non potueris : in partibus emendis tibi negotium gesseris; sive habueris in eo fundo partem, sive non. Et eveniet ut is cui tale Mandatum datum est, periculo suo interim partes emat; et nisi totum emerit, ingratus (1) eas retineat. Propius est (2) ut eum hujusmodi incommodo Mandatum suscipi possit : præstarique officium et in partibus emendis perinde atque in toto debet, ab eo qui tale Mandatum sua sponte suscepit. *l.* 36. § 2. JAVOLEN. LIB. 7. EX CASSIO.

Obiter nota : Quod si mandassem tibi ut fundum mihi emeres, non addito eo ut non aliter Mandato tenear quam si totum emeres; et tu partem vel quasdam partes ejus emeris : tunc habebimus sine dubio invicem Mandati actionem, quamvis aliquas partes emere non potuisses. *d. l.* 36. § 3.

XLV. *Diximus actioni* Mandati *Contrariæ locum non esse, quum quis fecit aliud quam quod sibi mandatum est. Non videtur autem aliud fecisse qui quid omnino æquipollens fecit.*

I.um Exemplum : Sed si mandavero tibi ut creditori meo solvas, tuque expromiseris, et ex ea causa damnatus sis : humanius est et in hoc casu Mandati actionem tibi competere. *l.* 45. § 4. PAUL. LIB. 5. AD PLAUT.

II.um Exemplum habes in specie sequenti. Mandavi in hæc verba : « LUCIUS TITIUS GAIO SEIO » salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro » Publio Mævio apud Sempronium; quæque a » Publio soluta tibi non fuerint me repræsenta» turum, hac epistola manu mea scripta notum » tibi facio ». Quæro : Si non fidejussisset, sed mandasset creditori, et alias egisset quam quod ei man-

(1) Id est, invitus. Cujacius legit *ingratiis*, eodem sensu.

(2) Dubitabatur an tale Mandatum valeret. Abhorrere enim a natura Mandati videtur ut Mandatarius qui officium præstat, in damno versetur. Tamen definit Jurisconsultus tale Mandatum valere.

datum esset, an actione Mandati teneretur? Respondit, teneri (1). *l.* 62. § 1. SCÆVOLA LIB. 6. DIGEST.

*III.*** *Exemplum* : Si quis pro eo spoponderit qui ita promisit: SI STICHUM NON DEDERIS, CENTUM MILLIA DABIS: etsi Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum millium stipulatio committatur; constat posse eum MANDATI agere (2).

Igitur commodissime illa forma in Mandatis servanda est; ut quoties certum (3) Mandatum sit, recedi a forma non debeat : at quoties incertum vel plurium causarum; tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa Mandati quam quæ ipso Mandato inerant, si tamen hoc Mandatori expedierit, Mandati erit actio. *l.* 46. PAUL. LIB. 74. AD EDICT.

§ 3. *De tertio et quarto casu, quum quis aut plus aut minus fecit quam quod mandatum est.*

XLVI. *Utroque casu, est actioni Contrariæ locus.*

V. G. Rogatus ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, recte tenetur (4).

Si in Majorem, Julianus verius putat quod a plerisque responsum est, Eum qui in majorem summam quam rogatus erat fidejussisset, hactenus Mandati actionem habere, quatenus rogatus esset : quia id fecisset quod mandatum ei est. Nam usque ad eam summam in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur qui rogavit. *l.* 33. JULIAN. LIB. 4. EX MINICIO.

§ 4. *De quinto casu; quum quis fecit quod mandatum est, sed deteriori conditione.*

XLVII. *Hoc casu Mandatarius, modo ab hac deteriori conditione indemnem mandatorem præstet, Mandati Contrariam actionem habet. De qua re tamen lis inter Jurisconsultos fuit.*

V. G. Quod si ego (5) pretium statui, tuque pluris emisti, quidam (6) negaverunt te Mandati habere actionem; etiamsi paratus esses id quod excedit remittere. Namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem si nolit; illi vero, si velit, mecum esse. *l.* 3. § *fin.* PAUL. LIB. 32. AD ED.

Sed Proculus, recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat : quæ sententia sane benignior est. *l.* 4. GAIUS. LIB. 2. RERUM QUOTID. VEL AUREOR.

Consonat quod Paulus ait : Si mandavero tibi ut pro me in diem fidejubeas; tuque pure fidejusseris, et solveris : utilius respondebitur, interim non esse tibi Mandati actionem, sed quum dies venerit (7). *l.* 22. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Plura alia exempla afferri possunt, in quibus facit quis quod mandatum est deteriori conditione.

V. G. In Mandato credendæ pecuniæ Paulus Respondit, Non videri Mandati conditioni paritum, quum in Mandato adjectum sit ut idonea cautio a debitore exigeretur; si neque fidejussor neque pignora accepta sint. *l.* 59. § 6. PAUL. LIB. 4. RESPONS.

§ 5. *De sexto casu quo quis fecit quod mandatum est meliori conditione.*

XLVIII. *Hoc casu palam est esse locum actioni Contrariæ Mandati.*

Unde Paulus : Melior autem causa mandantis fieri potest. Puta, si quum tibi mandassem ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris, vel tantidem ut aliud quidquam servo accederet. Utroque enim casu, aut non ultra pretium fecisti. *l.* 5. § 5. LIB. 32. AD ED.

§ 6. *Corollarium ex hactenus dictis.*

XLIX. *Ex hactenus dictis sequitur quod ait idem Paulus* : Præterea in causa Mandati illud vertitur, ut interdum nec melior (8) causa Mandantis fieri possit, interdum melior; deterior vero nunquam. *l.* 3. IBID.

ARTICULUS II.

Cui, et adversus quem actio Mandati *Contraria competat.*

§ 1. *Cui competat.*

L. Contrario judicio experiuntur, qui Mandatum susceperunt : ut puta, qui rerum vel unius rei procurationem susceperunt. *l.* 12. § 7. ULP. LIB. 31; AD ED.

Quod si Mandatarius fuerit alieni juris ; puta Si filiofamilias mandavi ut pro me solveret : patrem, sive ipse, sive filius ex peculio solverit, MANDATI acturum Neratius ait. Quod habet rationem : nihil enim mea interest quis solvat. *d. l.* 12. § 5.

(1) Nam mandare ut alicui credatur pecunia; est quid prorsus æquipollens negotio fidejubendi.

(2) Nam Stichum redimendo, cumque solvendo pro Mandatore; æque liberavit eum a decem millibus, ac si hæc decem millia ex causa fidejussionis pro eo solvisset.

(3) *Certum* Mandatum hic appellatur, Mandatum alicujus negotii quod nonnisi certo modo exitum quem sibi Mandator proposuit, sortiri potest. Contra Mandatum dicitur *esse plurium causarum*, quum pluribus modis potest ad hunc exitum perduci.

(4) Scilicet recte videtur ex causa Mandati teneri, ut possit *Contraria* actione experiri; quamvis in minorem summam se obligaverit.

(5) Mandator.

(6) Sabinus et Cassius. Vid. Instit. h. t. § 4.

(7) Non igitur prorsus mihi denegabitur actio *Mandati*, eo quod deteriori conditione quam mihi mandatum erat, fidejusserim : sed sic dabitur, ut Mandatori indemnitas præstetur; quæ ei præstatur, quum *Mandati* actio differtur in eum diem in quem mihi mandaverat fidejubere.

(8) Scilicet quum fit prorsus aliud quam quod mandatum est; quamvis hoc esset utilius Mandatori.

Pro his autem demum quæ dum in potestate esset Mandatarius impensa sunt, patri aut domino hæc actio Mandati *quæritur. Igitur* Si filiofamilias mandavero ut pro me solveret, et emancipatus solvat; verum est, In factum (1) actionem filio dandam: patrem autem post emancipationem solventem, negotiorum gestorum actionem habere. *d. l.* 12. § 6.

§ 2. *Adversus quem hæc actio competat.*

LI. *Adversus Mandatorem actio* Mandati *Contraria competit.*

Et si plures sunt : Paulus respondit, Unum ex Mandatoribus in solidum eligi posse; etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa judicati singulos pro parte dimidia conveniri posse, et debere. *l.* 59. § 3. PAUL. LIB. 4. RESPONS.

Non ideo minus autem uterque Mandator hac actione tenebitur, quod in rem unius Mandatum cesserit.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si secundum Mandatum Triphonis et Felicis equos tua pecunia comparatos, vel in solutum a proprio debitore tibi traditos, uni de his utriusque voluntate dedisti; ad parendum placitis eos Mandati judicio conventos bona fides urget. *l.* 14. *Cod. h. t.*

LII. *Quum alius quam negotii dominus mandavit; adversus hunc Mandatorem, non adversus dominum negotii, hæc actio datur. Hinc* Cum Mandatu alieno pro te fidejusserim, non possum adversus te habere actionem Mandati: quemadmodum qui alienum Mandatum intuitus spopondit. Sed si non utique unius sed utriusque Mandatum intuitus, id fecerim; habebo Mandati actionem etiam adversus te: quemadmodum si duo mihi mandassent ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum. *l.* 21. ULP. LIB. 47. AD SABIN.

Pariter Papinianus : Quod si pro invito vel ignorante alterius Mandatum secutus fidejussit; eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi. Nec me movet quod pecunia fidejussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo Mandato pro alio solvas. *l.* 53. ¶ *quod si.* PAPIN. LIB. 9. QUÆST.

ARTICULUS III.

Quæ veniant in actione Mandati *Contraria.*

Hæc duo in Mandati *actione Contraria potissimum veniunt; ut procuratori refundatur quod ipsi ex causa Mandati abest inculpabiliter; et ut indemnis fiat ab eo quod in hanc causam se obligavit. Veniunt quandoque et usuræ.*

§ 1. *De refundendo quod procuratori abest ex causa Mandati.*

LIII. *Hac actione debet refundi procuratori quod ipsi inculpabiliter abest ex causa Mandati.*

Hinc V. G. Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio; habebo Mandati actionem de pretio recuperando. Sed etsi tuo pretio; impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei; erit Contraria Mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere. Simili modo et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero. *l.* 12. § 9. ULP. LIB. 31. AD ED.

Quando autem procuratori abesse videtur? quando ex causa Mandati? Quando inculpabiliter? Item, quo tempore æstimatur id quod ille in causam Mandati impendit?

Quæstio prima :

Quandò procuratori abesse videatur.

LIV. *Abesse videtur procuratori etiam ea pecunia quam ex causa Mandati mutuam dedit; quamvis hujus Condictionem ex mutuo habeat. Unde Gordianus :* Si litteras ejus secutus qui pecuniæ actor fuerit, ei qui tibi litteras tradidit, pecunias credidisti; tam Condictio adversus eum qui a te mutuam sumpsit pecuniam, quam adversus eum cujus mandatum secutus es, Mandati actio tibi competit. *l.* 7. *Cod. h. t.*

Item Abesse intelligitur pecunia fidejussori, etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori; licet is (2) solvendo non fuerit: quia bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum. *l.* 26. § 2. PAUL. LIB. 32. AD ED.

LV. *Abesse videtur Mandatario, non solum quod ipse impendit, sed et quod alter pro eo et ejus nomine impendit.*

Hinc Si is qui negotia fidejussoris gerebat, ita solvit stipulatori ut reum fidejussoremque liberaret, idque utiliter fecit; Negotiorum gestorum actione fidejussorem habet obligatum: nec refert ratum habuit necne. Fidejussor etiam antequam procuratori solveret pecuniam, simul ac ratum habuisset, haberet tamen Mandati actionem (3). *l.* 50. CELSUS LIB. 38. DIGEST.

(1) Id est, Utilem actionem *Mandati*. Quare autem Civilem *Mandati* actionem non habet? Quia non ex sola solutione nascitur, sed ex contractu Mandati: porro filius contrahendo dum alieni juris esset, non potuit hanc actionem sibi quærere. Nec tamen hæc actio patri potuit acquiri; quia, licet ex contractu nascatur; non tamen statim nascitur, sed ex post facto; scilicet quum ex causa Mandati aliquid impenditur: non potuit autem amplius eo tempore hæc actio acquiri patri, cum jam emancipatus filius supponatur. Objicies, ex contractu filii acquiri actionem patri; quamvis conditio post emancipationem existat. Ita est; quia conditio retrotrahitur ad tempus contractus: verum quod ex causa Mandati impenditur, non est instar meræ conditionis; sed consummat contractum quoad *Contrariam* actionem quæ tunc demum nascitur.

(2) Is debitor quem delegavit.

(3) Id est, is cujus procurator solvit, antequam ipse solverit suo procuratori, habet actionem *Mandati* Contrariam adversus reum principalem; perinde atque si ipse pro eo solvisset.

Hoc obtinet quamvis qui Mandatarii nomine impendit, ei donaturus impenderit. Hinc Marcellus fatetur, Si quis donaturus fidejussori pro eo solverit creditori, habere fidejussorem Mandati actionem *l.* 12. § 1. ULP. LIB. 31. AD ED.

Similiter Si is qui fidejussori donare vult, creditorem ejus habeat debitorem suum, eumque liberaverit: continuo aget fidejussor MANDATI; quatenus nihil intersit utrum nummos solverit creditori, an eum liberaverit. *sup. d. l.* 26. § 3.

LVI. *Quod si ipse creditor remiserit fidejussori quod sibi debebatur; si quidem titulo oneroso, nullum dubium est solvisse fidejussorem videri, adeoque* Mandati *agere posse.*

Hinc Julianus ait: Si fidejussori uxor doti promiserit quod ei ex causa fidejussoria debeat; nuptiis secutis confestim MANDATI adversus debitorem agere eum posse: quia intelligitur abesse ei pecunia, eo quod onera matrimonii sustineat. *l.* 47. POMPON. LIB. 3. EX PLAUTIO

Quod si titulo donationis, creditor fidejussori remiserit obligationem; ita distinguit Ulpianus: Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore; puto, si fidejussorem remunerare voluit creditor, habere eum Mandati actionem. Multo magis si mortis causa accepto tulisset creditor; vel si ei (*Florent.* eam) liberationem legavit. *l.* 10. *§ fin.* ULP. LIB. 32. AD ED.

Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fidejussori remisit actionem; MANDATI eum non acturum (1). *l.* 12. IBID. LIB. 31.

Nihil est enim hoc casu quod intelligi possit Mandatarius creditori solvisse. Porro Sciendum est non plus fidejussorem consequi debere Mandati judicio, quam quod solverit. *l.* 26. § 4. PAUL. LIB. 32. AD ED.

LVII. *Vidimus procuratori abesse videri etiam quod alius pro eo quamvis ei donaturus, in causam Mandati solvit.* Plane (inquit *Marcellus*) si filiusfamilias vel servus fuit fidejussor, et pro his solvero donaturus ei; MANDATI patrem vel dominum non acturos (2). Hoc ideo, quia non patri donatum voluit, qui solvit. *sup. d. l.* 12. § 2.

Plane si servus fidejussor solverit, dominum MANDATI acturum. *d. l.* 12. § 3.

Idem Marcellus ibidem ait: Si filiusfamilias non jussu patris fidejusserit; cessat Mandati actio, si nihil sit in peculio (3). Quod si jussu, vel ex peculio solutum est; multo magis habet pater Mandati (4) actionem. *d. l.* 12. § 4.

Quæstio secunda:

Quando procuratori abesse videatur ex causa Mandati.

LVIII. *Quum mandatum est emi rem quæ pro parte esset Mandatarii, etiam ea pars Mandatarii ipsi ex causa Mandati abesse videtur; postquam benigne receptum est (sicut supra vid. N. 10.) ut in hac parte Mandatum consisteret.*

Quomodo autem æstimatur hujus partis pretium? Si fundum qui ex parte tuus est, mandavi tibi ut emeres mihi; verum est Mandatum posse ita consistere, ut mihi cæteris partibus redemptis, etiam tuam partem præstare debeas. Sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim: quanticumque aliorum partes redemeris, sic et tua pars æstimabitur (5) ut non abundet Mandati quantitatem in quam tibi emendum totum mandavi.

Sin autem nullo certo pretio constituto emere tibi mandaverim, tuque ex diversis pretiis partes cæterorum redemeris; et tuam partem, viri boni arbitratu æstimato pretio dari oportet. *l.* 35. NERATIUS LIB. 5. MEMBRAN.

Ita ut omnes summas majores et minores coacervet, et ita portionem ei qui Mandatum suscepit præstet: quod et plerique probant. *l.* 36. JAVOLEN. LIB. 7. EX CASSIO.

Simili modo et in illa specie ubi certo pretio tibi emere mandavi, et aliarum partium nomine commode negotium gessisti, et vilius emeris; pro tua parte tantum tibi præstatur quanti interest tua, dummodo intra id pretium quod Mandato continetur. Quid enim fiet, si exiguo pretio hi cum quibus tibi communis fundus erat, rem abjicere vel necessitate rei familiaris vel alia causa cogerentur? Non etiam tu ad idem dispendium deduceris; sed nec lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum Mandatum gratuitum esse debeat. Neque enim tibi concedendum est, propter hoc venditionem impedire quod (6) animosiorem ejus rei

(1) Quum creditor remunerandi causa fidejussorem liberavit; intelligi potest tantum accepisse, in quantum se liberavit a naturali obligatione remunerandi. Item quum mortis causa eum liberavit; intelligi potest tantum accepisse in quantum fidejussorem donatarium obligavit in eum casum quo aut donatorem donationis pœniteret, aut donatarius ante ipsum moreretur. Quod autem his casibus creditor potest intelligi accepisse, hoc fidejussor intelligi potest solvisse. Est igitur aliquid quod *Mandati* actione Contraria persequi possit. Verum quum creditor principaliter donando, ei simpliciter accepto tulit, nihil est quod creditor intelligi possit accepisse: adeoque nihil est quod fidejussor videri possit solvisse; et consequenter nihil est quod hac actione possit persequi. Ita Cujac.

Quid si creditor fidejussori liberationem legasset? Hoc casu creditoris heres qui fidejussori accepto fert, tantum videtur accipere in quantum se liberat ab obligatione *Ex testamento*, qua tenebatur fidejussori accepto ferre. Potest autem videri fidejussor tantum solvisse, quantum creditoris heres videtur accepisse.

(2) Quare? Bartolus et post eum Gothofredus aiunt; quia hoc casu opus esset duplici fictione: una qua filius videretur ipse solvisse quod pro eo solutum est; altera per quam videretur actio patri quæsita ex hac solutione. Porro duplex fictio non admittitur.

(3) Nihil enim abest hoc casu patri. Cum igitur nihil ei absit, quid posset *Mandati* Contraria actione petere?

(4) Ut ipsi refundatur quod ipse actione *Quod jussu* aut *De peculio* tenebitur solvere.

(5) Alias *coarctabitur.*

(6) Sensus est, non ideo licere Mandatario augere pretium partis suæ, quod cognoverit Mandatorem ea duci cupiditate habendæ hujus rei, ut sit multo pluris empturus quam mandaverit; si quis se difficiliorem præbeat.

emptorem esse quam tibi mandatum est, cognoveris. *d. l.* 36. § 1.

LIX. *Abesse ex causa Mandati videtur non solum ea summa de qua solvenda principaliter mandatum est, sed et si quos alios sumptus ad exequendum Mandatum facere Mandatarius necesse habuit.*

Hinc Si fidejussor multiplicaverit summam in quam fidejussit, sumptibus ex justa ratione factis; totam eam præstabit is pro quo fidejussit. *l.* 45. § 6. PAUL. LIB. 5. AD PLAUT.

Hinc non solum pecunia quam fidejussor solvit, sed et pignora quæ ex hac causa dederit et a creditore recipere non potuerit; ex causa Mandati ei abesse videntur, et hac actione Contraria recipiuntur. Sic accipe quod rescribunt Severus et Antoninus : Cum ex causa fidejussionis pecuniam patrem tuum exsolvisse proponas, habes Mandati actionem; qua non solum pecuniam, sed etiam pignora (1) in obligationem deducta potes consequi. *l.* 2. *Cod. h. t.*

LX. *An autem ex causa Mandati abesse videatur quod servus quem ex Mandatu tuo emi, mihi damnum dedit?*

De hac specie ita Paulus : Sed quum servus quem Mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset: Neratius ait, Mandati actione te consecuturum ut servus tibi noxæ dedatur : si tamen sine culpa tua id acciderit. Quod si ego scissem talem esse servum, nec prædixissem ut posses præcavere : tunc quanti tua intersit, tantum tibi præstari oportet. *l.* 26. § 7. PAUL. LIB 32. AD ED.

Africanus autem idem dicendum putat, etiamsi ignoraverim. Ita enim ille, postquam locutus est de servo locato, pignerato, vendito furtum faciente : Quod vero ad Mandati actionem attinet, dubitare sa ait num æque dicendum sit omnimodo damnum præstari debere. Et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum; ut, etiamsi ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur (2). Justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id Mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere. Nam licet alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire quam quanti ipse servus sit; multo tamen æquius esse, nemini officium suum (quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit) damnosum esse. Et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore, dolum ejus qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit; ita in his culpam eorum quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certe Mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit : et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum qualem servum deponeret. *l.* 61. (*Alias* 63.) § 5. *ff. de Furtis.* AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

Circa commodatum autem merito aliod existimandum : videlicet quod tunc ejus solius commodum qui utendum rogaverit versetur. Itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, si non dolo (3) quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum. Quinetiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari; quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat. *d. l.* 61. § 6.

Hæc ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius qui Mandatum vel depositum susceperit, intercedat. Cæterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset; aliter existimandum est. *d. l.* 61. § 7.

Et hæc quidem de damno quod Mandatarius accepit ab ipsa re de qua mandatum erat.

LXI. *Non videbitur autem Mandatario abesse ex causa Mandati si quod damnum extrinsecus sensit; quamvis occasione Mandati.*

Igitur Non omnia quæ impensurus non fuit, Mandatori imputabit : veloti quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit, vel, longuore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit. Nam hæc magis casibus quam Mandato imputari oportet. *l.* 26. § 6. PAUL. LIB. 32. AD ED.

LXII. *Abesse ex causa Mandati videri non potest quod quis per errorem, animo quidem exequendi Mandati, non tamen in hoc quod mandatum est, impendit V. G. ei qui Mandatum habebat solvendi creditori, abest duntaxat quod vero procuratori creditoris solvit; non quod falso.*

Ita Paulus : Mandatu tuo fidejussi in decem, et procuratori creditoris solvi. Si verus procurator

(1) Varios hujus legis intellectus affert Glossa : inter quos ille magis mihi placuit. Aliter hanc legem interpretatur Cujacius; eamque accipit, non de pignoribus quæ Mandatarius dederit, sed de his quæ acceperit a Mandatore pro sua indemnitate. Hæc interpretatio non placet. Nam lex loquitur de actione *Mandati.* Ad eorum autem pignorum persecutionem, non actio *Mandati*, sed *Hypothecaria* competit.

Adversus sententiam Glossæ quam sequimur, dicet aliquis : Mandatarius ea pignora debuit recipere a creditore, quum ei solvit. Verum recte potest fingi ea pignora quæ majoris pretii erant quam quod debebatur, creditorem amisisse : Mandatarium compensasse horum pretium cum creditore, usque ad debiti quantitatem; et superfluum ab eo creditore, cum solvendo non esset, non potuisse consequi. Certe superfluum hoc poterit judicio Contrario *Mandati* consequi.

(2) Pacius, ut Africano Neratium Paulumque conciliet, ait diversas esse species. In specie hujus legis, Mandatum fuisse certi hominis emendi : in specie autem legis 26. § 7, modo relatæ, Mandatum fuisse incerti hominis emendi, et sibi Mandatarium imputare debere quod hunc emerit. Verum divinatoris est hæc solutio. Imo in specie d. l. 26. § 7. Mandatum etiam esse certi hominis emendi probant hæc illius legis verba, *quod si ego scissem talem esse servum.* Maluimus igitur ingenue agnoscere in his legibus dissidium inter Jurisconsultos.

(3) Hæc Vulgatæ lectio melior quam Florentina, in qua sine negatione legitur *si dolo quid fecerit.*

fuit, statim Mandati agam; quod si procurator non est, repetam ab eo (1). *d. l.* 26. § 5.

Pariter in id quod mandatum est non videtur impendisse, quod quis in id quod ad solam voluptatem ejus cujus negotia administrabat, pertineret, citra speciale Mandatum impendit.

Tamen Labeo Ait, Si quid procurator citra Mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre quod sine damno domini fiat: nisi rationem sumptus istius dominus admittit. *l.* 10. § 10. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Quæstio tertia:

Quando procuratori abesse videatur inculpabiliter.

Vidimus quid ex causa Mandati abesse videatur necne. Ita demum autem quod ex causa Mandati sibi abest Mandatarius consequitur, si non ipsius culpa absit; ut etiam modo supra obiter vidimus. Talis culpæ exempla quædam hic subjicienda sunt.

LXIII. *Et* 1.° *si Mandatarius ex causa Mandati injuria condemnatus appellare omisit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Fidejussorem seu Mandatorem exceptione munitum et injuria judicis damnatum, et appellatione Contra bonam fidem minime usum, non posse Mandati agere manifestum est. *l.* 10. *Cod. h. t.* ¶ *fidejussorem vero.*

Non tamen indistincte imputatur Mandatario, quod non appellaverit: sed ita demum si Contra bonam fidem *omisit appellare.*

Quod et ad actionem fidejussoris pertinet: et hoc ex Rescripto Divorum Fratrum intelligere licet; cujus verba hæc sunt. « Imperatores M. Antoninus et Verus AA. Catullo Juliano. Si hi qui » pro te fidejusserant, in majorem quantitatem » damnati quam debiti ratio exigebat, scientes et » prudentes auxilium appellationis omiserunt; po» teris, Mandati agentibus his, æquitate judicis » tueri te ». Igitur, si ignoraverunt, excusata ignorantia est. Si scierunt, incumbebat eis necessitas provocandi: cæterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. Quid tamen, si paupertas eis non permisit? Excusata est eorum inopia. Sed et si testato convenerunt debitorem ut, si ipse putaret, appellaret; puto rationem excusationis eis constare. *l.* 8. § 8. Ulp. lib. 31. ad Ed.

LXIV. 2.° *Culpa Mandatarii videtur etiam ei abesse quod ex causa Mandati condemnatus solvit; si, exceptionem quæ competebat, omisit.*

Hoc ita, nisi ignoraret has exceptiones competere. Hinc Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussionis: an Mandati judicio persequi possit id quod solverit, quæritur? Et si quidem sciens prætermiserit exceptionem vel Doli, vel Non numeratæ pecuniæ; videtur dolo versari. Dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit; nihil est quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, Pacti forte conventi, vel cujus alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebat; dici oportet ei Mandati actionem competere. Potuit enim atque debuit reus promittendi, certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. *l.* 29. Ulp. lib. 7. disput.

Hac in re autem ea duntaxat ignorantia quæ facti est, Mandatarium excusat; non vero ignorantia Juris. Hinc statim subjicit Ulpianus: Non male tractabitur, si cum ignoraret fidejussor inutiliter se obligatum, solverit; an Mandati actionem habeat? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest; si vero Jus, aliud dici debet. *d. l.* 29. § 1.

LXV. *Quod diximus in culpa esse Mandatarium qui exceptionem sciens omisit, non de quavis exceptione accipe. Enimvero* Quædam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude: ut puta, si exceptionem Procuratoriam omisit sive sciens sive ignarus. De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus Juris disputare; sed de hoc tantum, debitor fuerit necne. *d. l.* 29. § 4.

Sed et si Peremptoriam omiserit; culpa carebit, si ea fuit qua uti honeste non poterat.

Hinc Quintus Mucius Scævola ait: Si quis sub usuris creditam pecuniam fidejussisset; et reus in judicio conventus cum recusare vellet sub usuris creditam esse pecuniam, fidejussor solvendo usuras potestatem recusandi eas reo sustulisset; eam pecuniam a reo non petiturum. Sed si reus fidejussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris creditam esse; nec is propter suam existimationem (2) recusare voluisset; quod ita solverit, a reo petiturum. Hoc bene censuit Scævola. Parum enim fideliter facit fidejussor in superiore casu, quod potestatem eximere reo videtur suo jure uti. Cæterum in posteriore casu non oportet esse noxiæ fidejussori, si ipse pepercisset pudori suo (3). *l.* 48. Celsus lib. 7. digest.

(1) *Condictione indebiti.* Cæterum non agam *Mandati:* nec enim pecuniam impendi in negotium quod mandatum erat.

(2) Finge: nudo pacto promissæ erant usuræ. Proinde civiliter non debebantur [ut videb. infra lib. 22. Tit. *de Usuris*]; verum debebantur naturaliter. Non poterat autem fidejussor salva existimatione recusare quod naturaliter debebatur.

(3) Hæc inter utrumque casum disparitas est: Priore casu petebatur ab ipso reo, non a fidejussore; imputandum ergo fidejussori quod ultro solverit usuras, quarum solutionem reus defugere potuisset. Posteriore casu petebatur ab ipso fidejussore; nec potuit fidejussor defugere solutionem usurarum, quam allegando eas utpote nudo pacto tantum promissas non deberi: non est autem ei imputandum quod hoc non allegaverit; neque enim salvo pudore allegare poterat non deberi, quod naturaliter debebatur. Ita autem hoc casu excusatur fidejussor; nisi præsto fuisset reus, a quo poterat desiderare ut pro ipso susciperet judicium. Nam eo modo citra ullam inhonestam allegationem potuisset honeste defugere solutionem. Vid. l. seq. et Not. (4). h. N.

Consonat quod Generaliter Julianus ait; Si fidejussor ex sua persona omiserit exceptionem qua reus uti non potuit : si quidem minus honestam (1), habere eum Mandati actionem; quod si eam qua reus uti potuit (2) si sciens id fecit, non habiturum Mandati actionem ; si modo habuit facultatem rei conveniendi, desiderandique ut ipse susciperet potius judicium vel suo vel procuratorio nomine (3). *l.* 10. § 12. ULPIAN. LIB. 32. AD ED.

Simili ratione Fidejussor, si solus tempore liberatus (4) tamen solverit creditori, recte Mandati habebit actionem adversus reum. Quanquam enim jam liberatus solverit, tamen fidem implevit, et debitorem liberavit. Si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem; æquissimum est, Mandati judicio eum quod solvit recuperare. Et ita Juliano videtur. *l.* 29. § 6. ULP. LIB. 7. DISPUT.

LXVI. *Aliud culpæ exemplum refertur in specie sequenti.*

Faber Mandatu amici sui emit servum decem, et fabricam docuit. Deinde vendidit eum viginti ; quos Mandati judicio coactus est solvere : mox, quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est. Mela ait, Non præstaturum id ei Mandatorem ; nisi, posteaquam (5) emisset, sine dolo malo ejus hoc vitium habere cœperit servus. *l.* 26. § 8. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Culpa autem Mandatoris argui non potest, si Mandator actum probavit. Hinc statim subjicitur : Sed si jussu Mandatoris eum docuerit, contra (6) fore. Tunc enim et mercedem et cibaria consecutorum ; nisi si, ut gratis doceret, rogatus sit. *d.* § 8. ¶ *fin.*

LXVII. *Regulæ quam statuimus, non repeti hoc judicio quod Mandatarius culpa sua impendit, consequens est ; ut, si plus quam quod oportebat impenderit : hoc tantum repetat quanto minimo sumptu negotium potuit exequi.*

Hinc Javolenus : Fidejussorem, si sine adjectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo : a reo autem non aliud triticum repetere poterit quam quo pessimo (7) tritico liberare se a stipulatore licuit. Itaque si paratus fuerit reus id quod dando ipse creditori liberari potuit, fidejussori dare ; et fidejussor id quod dederit, id est, melius triticum condicet : exceptione eum Doli mali summoveri existimo. *l.* 52. JAVOLEN. LIB. 1. EPIST.

Quod si Mandatarius impendit quidem plus quam quod ratio negotii postulare videretur ; sed aliter facere ipse non potuit : hoc casu, inculpatus videbitur, et Mandati *judicio hoc consequetur.*

Hinc V. G. Sive quum frumentum deberetur, fidejussor Africum (8) dedit; sive quid ex necessitate plus impendit quam est pretium solutæ rei; sive Stichum solvit, isque decessit, aut debilitate flagitiove ad nullum pretium sui redactus est; id Mandati judicio consequetur (9). *l.* 50. § 1. CELSUS LIB. 37. DIGEST.

Hinc Gaius : Impendia Mandati exequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnino debent. Nec ad rem pertinet quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. *l.* 27. § 4. LIB. 9. AD ED. PROVINC.

LXVIII. *Ex hactenus dictis declaratur quid Mandatario ex causa Mandati citra ejus culpam abesse videri debeat. Hoc autem Mandatarius actione* Mandati *Contraria consequitur, qualitercumque res cesserit.*

Et 1.° Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio Mandati restitui necesse est. *l.* 56. § 4. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

2.° *Idem erit, etsi infelicem exitum negotium habuerit. Hinc Alexander :* Etiamsi contrariam Sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt ; si tamen nihil culpa tua factum est; sumptus quos in litem probabili ratione feceras, Contraria Mandati actione petere potes. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Quæstio quarta :

Quo tempore æstimetur quod Mandatarius in causam Mandati impendit.

LXIX. *Hoc docet Africanus.* Hominem certum

(1) Glossa affert exemplum in exceptione Edicti *Quod quisque Juris, etc.* de qua supra lib. 2. tit. 2. Finge : creditor ille quum esset in alia causa; judex inique judicavit, fidejussores non posse conveniri ante discussos reos principales. Fidejussor ergo qui ab ipso postea conveniitur, poterat quidem eum summovere exceptione Edicti *Quod quisque Juris* : verum honeste non fecisset, cum naturaliter debeat. Non igitur ei imputandum, quod eam exceptionem omiserit.

(2) Honeste vel inhoneste ; ipse autem uti non potuit honeste.

(3) Nam citra hanc exceptionem qua honeste uti non poterat, fidejussor honeste potuit [hoc desiderando] defugere solutionem ; ergo ei imputandum, quod non *desideravit.*

(4) Puta, quia ad tempus fidejussit.

(5) Nam si quum emeretur, non erat sanus; in culpa est Mandatarius qui talem emit.

(6) Mandator enim probavit emptionem hujus servi; adeoque non potest culpare Mandatarium quod eum emerit.

(7) Debitor *Generis*, speciem infimæ bonitatis recte solvit. Secus in legatis ; in quibus favore ultimarum voluntatum, species mediæ bonitatis præstanda est : ut vidsb. infra lib. 33. Tit. *de Option. leg.*

(8) Quod erat optimum et carissimum. Sed forte, quum solvere habuit necesse, non potuit habere aliam frumenti speciem.

(9) Proindeque quanti erat Stichus quum eum solvit; juxta regulam infra N. 69.

pro te dare fidejussi, et solvi: Quum Mandati agetur, æstimatio ejus ad id potius tempus quo solutus sit, non quo agatur, referri debet. Et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est.

Aliter in stipulatione servatur. Nam tunc, id tempus spectatur quo agitur (1): nisi forte aut per promissorem steterit quominus sua die solveret, aut per creditorem quominus acciperet. Etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. *l.* 37. Afrigan. lib. 8. quæst.

§ 2. *De indemnitate quæ præstari debet Mandatario ab obligationibus quas in causam Mandati contraxit.*

LXX. *Illud alterum in actione* Mandati *Contraria venit, ut præstetur indemnitas Mandatario ab obligationibus quas in causam Mandati contraxit.*

Hinc Si Mandatu meo fundum emeris; utrum, quum pretium dederis, ages mecum Mandati; an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur in hoc esse Mandati actionem, ut suscipiam obligationem quæ adversus te venditori competit. Nam et ego tecum agere possum, ut præstes mihi adversus venditorem Empti actiones. *l.* 45. Paul. lib. 5. ad Plaut.

Item si dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris: et antequam solvas, dicendum est te agere posse ut obligationem suscipiam: aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo Defensum iri te. *d. l.* 45. § 2.

Similiter Si Judicio te sisti promisero, nec exhibuero; et antequam præstem, Mandati agere possum ut me liberes: vel si pro te reus promittendi factus sim. *d. l.* 45. § 3.

LXXI. *Non tamen semper statim hæc indemnitas ei præstanda est.*

Enimvero: Sed si Mandatu meo judicium suscepisti; manente judicio, sine justa causa non debes mecum agere ut transferatur judicium in me. Nondum enim perfecisti Mandatum. *d. l.* 45. § 1.

Non potest etiam qui ex Mandato alicujus, obligationi ejus accessit, aut pro eo res suas supposuit, statim agere ut liberetur; de qua re plura videb. Tit. de Fidejussor. et Mandator. *infra lib.* 46.

Hac de re ita Marcellus: Lucius Titius Publio Mævio filio naturali domum communem permisit, non donationis causa, creditori filii obligare. Postea Mævio defuncto relicta pupilla, tutores ejus judicem adversus Titium acceperunt; et Titius, de mutuis petitionibus. Quæro an domus pars quam Titius obligandam filio suo accommodavit, arbitratu judicis liberari debeat? Marcellus respondit, An et quando debeat liberari, ex persona debitoris, itemque ex eo quod inter contrahentes actum esset, ac tempore quo res de qua quærebatur obligata fuisset, judicem æstimaturum. Est enim earum specierum judicialis quæstio, per quam res expediatur.

Non absimilis illa quæ frequentissime agitari solet: Fidejussor, an et priusquam solvat, agere possit ut liberetur? Nec tamen semper expectandum est ut solvat, aut judicio accepto condemnetur; si diu in solutione reus cessabit aut certe bona sua dissipabit: præsertim si domi pecuniam fidejussor non habebit; qua numerata creditori, Mandati actione conveniat reum. *l.* 38. Marcellus lib. sing. respons.

LXXII. *Unum superest observandum.* Quoties autem ante solutam pecuniam, Mandati agi posse diximus; faciendi causa, non dandi (2) tenebitur reus. Et est æquum, sicut mandante aliquo actionem nancti cogimur eam præstare judicio Mandati, ita ex eadem causa obligatos habere Mandati actionem ut liberemur. *l.* 45. § 5. Paul. lib. 5. ad Plaut.

§ 3. *An et quando in hac actione veniant usuræ.*

LXXIII. *In Contraria actione* Mandati *veniunt usuræ pecuniæ quam Mandatarius impendit.*

Et 1.° *quidem veniunt ex mora.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Post solutionem a se factam qui dari mutuo mandavit, ab eo pro quo intercessit vel successoribus ejus, quod solutum est etiam cum usuris post moram recte postulat. *l.* 18. *Cod. h. t.*

2.° *Imo eas extra moram quandoque deberi, docet Ulpianus. Ita ille:* Nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. Usuras autem non tantum ex mora esse admittendas: verum judicem æstimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit; quum uberrimas usuras consequeretur. Æquissimum enim erit rationem ejus rei haberi. Aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. Sed etsi reum usuris non relevavit, ipsi autem et usuræ absunt; vel si minoribus relevavit, ipse autem majoribus fenus accepit ut fidem suam liberaret: non dubito debere eum Mandati judicio, et usuras consequi. Et (ut est constitutum) totum hoc ex æquo et bono judex arbitrabitur. *l.* 12. § 9. § *nec tantum*, Ulp. lib. 31. ad Ed.

SECTIO III.

De persecutione extraordinaria Salarii quod procuratori interdum constituitur.

LXXIV. *Salarium, si quod ipsi constitutum est, procurator non actione* Mandati, *sed extraordinaria persecutione consequitur.*

(1) Ut qualis tunc est homo promissus præstetur; et si interierit, promissor absolvatur.

(2) Id est: reus qui mandavit, tenebitur potius ad faciendum quam ad dandum; scilicet ad hoc tenebitur, ut Mandatario liberationem pariat.

Hinc Severus et Antoninus : Adversus eum cujus negotia gesta sunt, de pecunia quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, Mandati actione pro sorte et usuris potes experiri. De Salario autem quod promisit, apud Præsidem provinciæ cognitio præbebitur. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Hoc ita si Salarium sit certæ rei aut summæ. Nam Salarium incertæ pollicitationis peti non potest (1). *l.* 17. *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

Similiter Papinianus : Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem recte petitur; neque judicio Mandati, ut salarium tibi constituatur. *l.* 56. § 3. Papin. lib. 3. respons.

(1) Scilicet quum negotium illud est quod privatam duntaxat Mandantis utilitatem spectat. In his vero quæ publicum merentur favorem [ut, docere bonas artes, etc.] salarium etsi nihil expresse de eo convenerit, potest extra ordinem peti : toto Tit. ff. *de Extraord. cognit.* infra lib. 50.

TERTIA PARS.

Quando et quomodo solvatur Mandatum.

Potissimæ causæ ex quibus Mandatum solvitur, hæ sunt : mors Mandatarii, mors Mandatoris; si Mandator revocaverit Mandatum; si Mandatarius Mandato renuntiaverit.

§ 1. *De morte Mandatarii.*

LXXV. Morte ejus cui mandatum est, si is integro adhuc Mandato decesserit, solvitur Mandatum. Et ob id heres ejus, licet exsecutus fuerit Mandatum, non habet Mandati actionem. *l.* 27. § 3. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

Quod si res non sit integra, etiam ad heredem Mandatarii jus Mandati transit. Hinc si Mandatu alicujus quis fidejusserit, Heredem fidejussoris si solverit, habere Mandati actionem dubium non est.

Sed si vendiderit hereditatem (1), et emptor solverit; an habeat (2) Mandati actionem, quæritur (3)? Et Julianus libro 13 scribit, Idcirco heredem habere Mandati actionem, quia tenetur judicio Ex empto ut præstet actiones suas : idcircoque competere Ex empto actionem, quia potest præstare. *l.* 14. § 1. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Pariter Si fidejussori duo heredes extiterint, et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne quod defunctus fidejusserat, stipulatori solverit; habebit aut ex stipulatu (4), aut ex empto obligatum coheredem suum : idcirco (5) is Mandati actionem habebit. *d. l.* 14. § 1.

§ 2. *De Morte Mandatoris.*

LXXVI. Mandatum re integra, morte domini finitur. *l.* 15. *Cod. h. t.* Dioclet. et Maxim.

Hinc Paulus : Inter causas omittendi Mandati, etiam mors Mandatoris est. Nam Mandatum solvitur morte. *l.* 26. Paul. lib. 32. ad Ed.

LXXVII. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Julianus quoque scripsit, Mandatoris morte solvi Mandatum; sed obligationem aliquando durare. *d. l.* 26.

Igitur Si quis debitori suo mandaverit ut Titio solveret; et debitor mortuo eo, cum id ignoraret, solverit; liberari eum oportet. *d. l.* 26. § 1.

His consequens est quod definit Papinianus : Mævio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio cui mortis causa donabat pecuniam debitam solveret. Cum sciens dominum vita decessisse Mævius pecuniam dedisset, non esse liberationem secutam constitit (6) : nec si Mævius solvendo non esset, in Titium actionem solidi, vel jure Falcidiæ dandam esse; quia mortis causa cepisse non videretur. Diversum probandum foret, si Mævius ignorans dominum vita decessisse pecuniam errore lapsus dedisset : tunc enim portio jure Falcidiæ revocatur (7). *l.* 77. § 6. *ff. de Legatis* 2.° lib. 8. respons.

Item Ulpianus : Si quis dederit pecuniam mutuam

(1) Heres fidejussoris scilicet.

(2) Ille heres fidejussoris.

(3) Ratio dubitandi erat quod, cum emptor solverit, nihil videbatur interesse, ejus heredis qui nihil solvit. Ratio decidendi est; eatenus heredis interesse, quatenus heres tenetur præstare emptori hereditatis actionem *Mandati* ad repetendum quod emptor hereditatis solvit ex causa Mandati.

(4) Ex stipulatione *Emptæ hereditatis.*

(5) Id est, *idcirco is* qui vendidit hereditatem, quamvis ipse nihil solverit, *habet actionem Mandati* Videtur enim quasi ipse solvisse, cum sit obligatus coheredi suo ad præstandas actiones suas.

(6) Cum enim Mandatum morte finitum sit, solutio facta Titio, facta est ei cui non oportuit solvi; adeoque nullam peperit liberationem. Manet nomen Mævii in hereditate creditoris; Titius qui pecuniam accepit a Mævio, nil videtur accepisse a creditore Mævii : adeoque non potest agi contra Titium tanquam plus acceperit mortis causa quam sinit Falcidia.

(7) Nam hoc casu Mandatum propter bonam fidem Mævii qui illud post mortem exsecutus est, sustinetur. Mævius dum solvit Titio ex causa hujus Mandati, liberat se a creditore suo, et ab eo Mævii creditore Titius accepisse videtur.

Titio, reddendam Seio cui donatum volebat; deinde Titius, mortuo donatore, Seio dedisse proponatur: erit consequens dicere pecuniam Seii fieri; sive mortuum scivit, sive ignoravit is qui dabat: quia pecunia fuit dantis. Sed si quidem ignoravit mortuum; erit liberatus, si sic mutuam pecuniam accepit solvendam Seio. Si autem mandavero tibi ut pecuniam Titio des, cui donare volebam; et tu ignorans me mortuum, hoc feceris; habebis adversus heredes meos Mandati actionem: si sciens, non habebis. *l.* 19. § 3. *ff. de Donat.* LIB. 76. AD EDICT.

Similiter Paulus : Si præcedente Mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares: ego puto Mandati actionem adversus heredem Titii competere; quia MANDATUM MORTE MANDATORIS, NON ETIAM MANDATI ACTIO SOLVITUR. Quod si sine Mandato defensionem suscepisti; negotium quodammodo defuncti gerere institueras: et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi Negotiorum gestorum actio; ita potest dici et heredem ejus eadem actione teneri. *l.* 5. § 8. PAUL. LIB. 4. QUÆST.

LXXVIII. *Si negotium quod mandatum est, natura sua tale sit ut nonnisi post mortem Mandatoris fieri possit; hoc casu Mandatum morte Mandatoris non solvitur.*

Unde Marcellus scribit: Si ut post mortem sibi monumentum fieret quis mandavit, heres ejus poterit MANDATI agere. Illum vero qui Mandatum suscepit, si sua pecunia fecit; puto agere MANDATI, si non ita ei mandatum est ut sua pecunia faceret monumentum. Potuit (1) enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum; maxime si jam quædam ad faciendum paravit. *l.* 12. § 17. ULP. LIB. 31. AD ED.

Idem est, si mandavi tibi ut post mortem meam heredibus meis emeres (2) fundum. *l.* 13. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

(1) Nec obstat quod ex Juris regula actio quæ adversus defunctum non cœperat, non possit incipere adversus heredem. Nam ex tali Mandato etiam defunctus fuit obligatus; statim atque res desiit esse integra, et Mandatarius quædam paravit quæ suo tempore exequeretur.

(2) Nec obstat lex fin. *ff. de Solution.* si hujus legis oppositæ textum ex Observationibus Cujacii restitueris. Vid. Not. ad h. l. infra lib. 46. Tit. *de Solution. et liberat.*

§ 3. *De revocatione Mandati.*

LXXIX. Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero; an sit Mandati actio, vel mihi vel heredi meo? Et ait Marcellus, cessare Mandati actionem; quia extinctum est Mandatum finita voluntate. *sup. d. l.* 12. § 16.

Obiter nota : Quod si mandaveris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti; debitor liberabitur. *d.* § 16.

Si tamen revocatio Mandatario nota non fuerit, Mandator ei erit obligatus.

V. G. Si tibi mandassem ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres; tu antequam scias me vetuisse, emisses: Mandati tibi obligatus ero ne damno afficiatur is qui Mandatum suscepit. *l.* 15. PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

§ 4. *De renuntiatione.*

LXXX. *Denique Mandatum solvitur renuntiatione.* Renuntiari autem ita potest, ut integrum jus Mandatori reservetur, vel per se vel per alium eamdem rem commode explicandi, aut si redundet in eum captio (3) qui suscepit Mandatum.

Et quidem si is cui mandatum est ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renuntiaverit se non empturum; idque sua, non alterius culpa fecerit: Mandati actione teneri eum convenit. Hoc amplius: tenebitur (sicuti Mela quoque scripsit) si eo tempore per fraudem renuntiaverit quum jam recte emere non posset. *l.* 22. § 11. ¶ *fin.*

Sane si valetudinis adversariæ vel capitalium inimicitiarum (*l.* 23. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.); Seu ob inanes rei (4) actiones (*l.* 24. PAUL. LIB. 2. SENT.); Seu ob aliam justam causam, excusationes alleget; audiendus est. *l.* 25. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

(3) Hic alter casus est, quo Mandatarius non tenetur exequi Mandatum quod suscepit; scilicet si quid ex improviso supervenit, propter quod non sine magna sua captione, id est, sine magno incommodo illud exequi non possit: puta, adversa valetudo, necessaria peregrinatio, etc.

(4) Id est, quia Mandatore in paupertatem delapso, Mandatarius inanes actiones haberet ad repetendas ab eo impensas quas faceret.

TITULUS II.

PRO SOCIO.

CONTRACTUS SOCIETATIS, *non secus ac contractus Mandati, ex eorum est numero contractuum qui nudo consensu perficiuntur. Quapropter Titulo Mandati subjicitur hic Titulus* PRO SOCIO.

Hunc Titulum partientur quatuor Sectiones. Prima continebit ea quæ ad contractus Societatis substantiam pertinent; simul et ad formam, ubi de legibus quæ huic contractui dici solent. In secunda

variæ Societatis species recensentur, exponiturque quid proprium sit singulis; et quale circa res communes Socii jus habeant. Tertiam occupabit actio ex eo contractu descendens. In quarta inquirimus quomodo Societas solvatur.

SECTIO I.

Expenditur ipsius contractus Societatis substantia et forma.

ARTICULUS I.

Quid sit societas, et quæ ad ejus substantiam requirantur.

Societas est contractus de conferendis bona fide rebus aut operis, animo lucri quod honestum sit ac licitum in commune faciendi.

I. *Igitur ad contractus Societatis substantiam requiritur* 1.° *Ut bona fide contracta sit.*

Quapropter Societas si dolo malo, aut fraudandi causa coita, ipso Jure nullius momenti est: Quia fides bona contraria est fraudi et dolo. *l.* 3. § 3. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Hinc etiam est quod non valet Societas contracta libertatis onerandæ causa: de qua re videb. Tit. de Oper. libert. *infra lib.* 38.

II. *Ad contractus Societatis substantiam requiritur* 2.° *Ut singuli contrahentes aliquid conferant in commune, aut saltem promittant se collaturos.*

Cæterum necesse non est ut singuli aliquid ejusdem generis conferant.

Nam Societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi magis obtinuit. *l.* 1. *Cod. h. t.* DIOCLET. ET MAXIM.

Hinc Papinianus Ex facto consultum respondisse ait libro 3 Responsorum: Inter Flavium Victorem et Vellicum Asianum placuerat ut locis emptis pecunia Victoris, monumenta fierent opera et peritia Asiani; quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet qui operam in societatem contulit. Erit Pro Socio actio. *l.* 52. § 7. ULP. LIB. 31. AD ED.

III. *Ad contractus Societatis substantiam requiritur* 3.° *Ut singuli contrahant animo lucri faciendi.*

Hinc 1.° Donationis causa Societas recte non contrahitur. *l.* 5. § 2. IBID.

Unde Si quis Societatem per donationem mortis causa inierit, dicendum est nullam Societatem esse. *l.* 35. § 5. *ff. de Mort. causa don.* PAUL. LIB. 6. AD L. JUL. ET PAP.

Hinc 2.° *sequitur quod* Aristo refert, Cassium respondisse: Societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret; et hanc Societatem LEONINAM (1) solitum appellare. Et nos consentimus talem Societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret. Iniquissimum enim genus Societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. *l.* 29. § 2. ULP. LIB. 30. AD ED.

Hoc amplius: Mucius libro 14 scribit, Non posse Societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem Socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, Nec posse Societatem ita contrahi: NEQUE ENIM lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto; neque damnum, nisi omni lucro deducto.

Sed potest coiri Societas ita ut ejus lucri quod reliquum in Societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur; et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. *l.* 30. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Quinetiam Ita coiri Societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit (2) Cassius putat. Quod ita demum valebit (ut et Sabinus scribit), si tanti sit opera, quanti damnum est. Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus Societati conferat quam pecunia. Item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. *sup. d. l.* 29. § 1.

IV. *Jam vero cum ad Societatis substantiam requiratur in singulis contrahentibus animus lucri in commune faciendi; hinc liquet quod in pluribus negotiis, ut dignoscatur an Societas contracta sit, animus quem partes habuerunt explorandus sit.*

Exemplum habes in specie sequenti. Quum duobus vicinis fundus conjunctus, venalis esset; alter ex his petit ab altero ut eum fundum emeret, ita ut ea pars quæ suo fundo juncta esset, sibi cederetur: mox ipse (3) eum fundum, ignorante vicino, emit. Quæritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat? Julianus scripsit, Implicitam esse facti quæstionem. Nam si hoc solum actum est (4) ut fundum Lucii Titii vicinus emeret, et mecum communicaret; adversus me qui emi, nullam actionem vicino competere. Si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur (5); Societatis

(1) A Fabula leonis qui factis quatuor prædæ partibus, singulas sibi soli vindicavit. Sic Socius, qui totum lucrum sibi tolleret.

(2) Scilicet si deducto damno quod ex negotiis damnosis Societas passa est, adhuc aliquod lucrum superesset ex his quæ lucrosa fuere. Et hæc Societas differt a leonina, in qua damnum ex lucro non deduceratur.

(3) Qui hoc petierat.

(4) Id est, Si contrahentes non habuerunt animum Societatis contrahendæ lucrique in commune faciendi ex ea emptione; sed is qui emere rogabatur, in eo emptionis negotio quod suscipiebat, nihil aliud spectabat quam rogantis utilitatem: hoc casu nulla videtur contracta Societas, sed nudum mandatum fuit; quod effectum non habuit, cum ipse mandator negotium quod mandaverat executus sit; adeoque nulla actio nasci potuit.

(5) Id est, si animus contrahentium fuit ut Societatem hujus negotiationis contraherent, ut ex ea emptione lucrum in commune facerent.

judicio tenebor, ut tibi, deducta parte quam mandaveram, reliquas partes præstem. *l.* 52. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Hinc etiam : Si margarita tibi vendenda dedero ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris quod excedit tu haberes : mihi videtur, si animo (1) contrahendæ Societatis id actum sit, Pro Socio esse actionem; si minus, Præscriptis verbis. *l.* 44. Ibid.

V. 4.° *Denique lucrum cujus quærendi gratia Societas contrahitur, licitum debet esse et honestum.*

Nec enim ulla Societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est (2). *l.* 1. § 14. *§ fin. ff. de Tutel. et rat. distr.* Ulp. lib. 36. ad Ed.

Quia Nec Societas aut mandatum flagitiosæ rei ullas vires habet. *l.* 35. § 2. *ff. de Contrah. empt.* Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

ARTICULUS II.

Quomodo contrahatur Societas; et de legibus quæ huic contractui adjici solent.

VI. *Ad contrahendam Societatem, nihil præter consensum contrahentium requiritur.*

Hinc Societatem coire, et re (3), et verbis, et per nuntium posse nos, dubium non est. *l.* 4. Modestin. lib. 3. regul.

VII. *Contractui Societatis plerumque adjicitur lex circa partes quas quisque Socius in Societate ferct.*

Et quidem Si non fuerint partes Societati adjectæ, æquas eas esse constat.

Si vero placuerit ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam; an valeat? Placet valere; si modo aliquid plus contulit Societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscumque alterius rei causa. *l.* 29. Ulp. lib. 30. ad Sabin.

VIII. *Recte etiam hæc lex in contrahenda societate dici potest, ut sit in arbitrio certæ personæ quam quisque partem habiturus sit. Eo autem casu, intelliguntur contrahentes de arbitrio boni viri sensisse.*

Hinc Proculus : Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partem Societatis constitueret. Nerva constituit ut tu ex triente Socius esses, ego ex besse. Quæris, utrum ratum id jure Societatis sit, an nihilominus ex æquis partibus Socii simus? Existimo autem melius te quæsiturum fuisse, utrum ex his partibus Socii esse mus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitrorum enim genera sunt duo : unum ejusmodi, ut, sive æquum sit, sive iniquum, parere debeamus; quod observatur quum ex compromisso ad arbitrum itum est; alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa cujus arbitratu fiat. *l.* 76. Proc. lib. 5. Epist.

(Veluti quum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat. *l.* 77. Paul. lib. 4. quæst.)

In proposita autem quæstione, arbitrium viri boni existimo sequendum esse. Eo magis, quod judicium Pro socio bonæ fidei est. *l.* 78. Proc. lib. 5. Epistol.

Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat : corrigi potest per judicium bonæ fidei. *l.* 79. Paul. lib. 4. quæst.

Quid enim si Nerva constituisset ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus Socius esset?

Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus Socii simus; veluti si alter plus operæ, industriæ, gratiæ pecuniæ, in Societatem collaturus erat. *l.* 80. Procul. lib. 5. Epist.

Obiter observandum quod Si coita sit Societas ex his partibus quas Titius arbitratus fuerit; si Titius antequam arbitraretur decesserit, nihil agitur : nam id ipsum actum est, ne aliter Societas sit quam ut Titius arbitratus sit. *l.* 75. Cels. lib. 15. Digest.

IX. *Non solum in tertiæ personæ, sed etiam in unius ex Sociis tanquam boni viri, arbitrio poni potest quam quisque partem in Societate laturus sit.*

Hinc Si Societatem mecum coieris ea conditione ut partes Societatis constitueres; ad boni viri arbitrium ea res redigenda est. Et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus Socii simus : Veluti si alter plus operæ, industriæ, pecuniæ in Societatem collaturus sit. *l.* 6. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

X. *Interdum etiam contractui Societatis adjiciuntur leges circa tempus quo duratura sit, incipiet, aut finietur.*

Nam Societas coiri potest, vel in perpetuum (id est, dum vivunt) vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione. *l.* 1. Paul. lib. 32. ad Ed.

Verum Nulla Societatis in æternum coitio est (4). *l.* 70. Ibid. lib. 33.

Et quod dicimus, Societatem posse contrahi sub conditione, non fuit absque controversia apud Veteres (5). *Justinianus autem constituit posse.* l. 6. Cod. h. t.

(1) Si contrahentes animum habuerunt lucri in commune faciendi; Societas est, in qua alter rem [*id est*, margarita] alter operam et industriam in his circumferendis et vendendis confert. Quod si hunc animum non habuerunt, puta dominus margaritarum, qui potuisset ipse ea commode vendere tanti aut etiam pluris, margarita sua [tibi ut benefaceret] tibi vendenda dedit ea lege : hoc casu Societas non est; sed contractus innominatus ex quo nascitur actio *Præscriptis verbis*.

(2) Vid. infra N. 18.

(3) Id est, rebus in commune collatis.

(4) Id est, non valet pactum ut ultra vitam Sociorum porrigatur : ita Cujac.

(5) Quæ fuerat dubitandi ratio? Hanc affert Cujacius; quod, cum contractus *Societatis* [*saltem Universorum bonorum*] singulari Juri dominium rerum quæ conferuntur transferat, fingeretur in ea intervenisse mancipatio : porro Mancipatio diem et conditionem non recipit.

SECTIO II.

De variis Societatis speciebus; et de jure Sociorum circa Societatem.

ARTICULUS I.

Quotuplex sit Societatis species et quid proprium singulæ Societatum species habeant.

XI. Societates contrahuntur, sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius. *l.* 5. Ulp. lib. 29. ad Ed.

Est et Societas universorum quæ ex quæstu veniunt; quæ differt a priori universorum bonorum Societatis specie.

De his singulis Societatum speciebus sigillatim agemus

§ 1. *De Societate* Universorum bonorum.

XII. *Hæc* Societas coiri potest et valet, etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus; cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. *l.* 5. § 1. Ulp. lib. 31. ad Ed.

XIII. In Societate Omnium bonorum, omnes res quæ coeuntium sunt, continuo communicantur. *l.* 1. § 1. Paul. lib. 32. ad Edict.

Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur (1) intervenire. *l.* 2 Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

Ea vero quæ in nominibus erunt, manent in suo statu (2): sed actionem invicem præstare debent. *l.* 3. Paul. lib. 29. ad Edict.

XIV. *Quod attinet ad ea quæ Socii post contractam Societatem acquirunt, ea non quidem ipso Jure Societati quæruntur; sed ea Socius conferre tenetur. Unde Paulus*: Si quis Societatem contraxerit; quod emit, ipsius fit, non commune (3): sed Societatis judicio cogitur rem communicare. *l.* 74. lib. 62. ad Ed.

Et quidem ex quacumque causa acquirat, Socium universa in Societatem conferre debere Neratius ait, si omnium bonorum Socius sit. Et ideo, sive ob injuriam sibi factam, vel ex Lege Aquilia, sive ipsius, sive filii corpori nocitum sit; conferre debere, respondit. *l.* 52. § 16. Ulpian. lib. 31. ad Edict.

Item Quum specialiter (4) omnium bonorum Societas coita est; tunc et hereditas, et legatum, et quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum, communioni acquiretur. *l.* 3. § 1. Paul. lib. 32. ad Ed.

Similiter Ulpianus Maximino respondit, Si Societatem universarum fortunarum coierint, id est, earum quoque rerum quæ postea cuique acquirantur; hereditatem cuivis eorum delatam, in commune redigendam. *l.* 73. lib. 1. respons.

XV. *Quinetiam dos quam uni ex Sociis uxor ejus attulit, Societati acquiritur. Cæterum nonnisi cum sua causa acquiritur, scilicet ut ex ea sustineantur onera matrimonii.*

Hinc Si unus ex Sociis maritus sit, et distrahatur Societas manente matrimonio, dotem maritus præcipere debet: quia apud eum esse debet, qui onera sustinet.

Quod si jam dissoluto matrimonio, Societas distrahatur; eadem die recipienda (5) est dos, qua et solvi debet. *l.* 65. § 16. Paul. lib. 32. ad Ed.

Quod si eo tempore quo dividitur Societas, in ea causa dos sit ut certum sit eam vel partem ejus reddi non oportere; dividere eam inter Socios judex debet. *l.* 66. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

XVI. *Hactenus de rebus quas complectitur Societas universorum bonorum: jam videndum quæ onera complectatur. Nimirum* 1.° *Æs alienum cujusque Socii, quandoquidem bona nonnisi deducto ære alieno intelliguntur.*

2.° *Sed et quidquid ad suos familiæque suæ necessarios usus unusquisque ex Sociis erogabit, ad hujus Societatis onus pertinebit.*

Hinc Ulpianus Maximino respondit, Si Societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogaretur vel quæreretur, communis lucri atque impendii esset; ea quoque quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrinque imputanda. *l.* 73. § 1. lib. 1. respons.

XVII. *Idem dicendum de dotibus filiarum, cum ex necessitate dentur; ut videb. infra lib.* 23. *Tit.* de Jure dotium.

Hinc sequens occurrit quæstio: quæ etiam in cæteris Societatibus (quamvis non universorum bonorum) habet locum, si convenerit ut dotes filiabus Sociorum constituantur ex arca communi.

Si Socius pro filia dotem promisit; et priusquam

(1) Hoc singulare est in Societate omnium bonorum. Scilicet intelliguntur contrahentes, quum Societatem contraherent, constituisse se possidere communi nomine omnia quæ proprio nomine possidebant. Hoc autem constitutum, est ficta traditionis species. Verum, cum sive vera traditio, sive hæc ficta, ad naturale duntaxat, non etiam ad civile dominium transferendum valeat; censet Cujacius fingi in hoc contractu Societatis universorum bonorum interveniss Mancipationes. Vid. Not. præced.

(2) Nec enim possunt communicari; cum nomen, seu jus crediti, personæ creditoris cohæreat.

(3) Nec enim potuerunt contrahentes constituere se communi nomine possidere, nisi ea quæ tunc possidebant quum contraxerunt.

(4) Id est, expresse *omnium bonorum*: nam quum hoc non exprimitur, magis intelligitur contracta Societas eorum duntaxat quæ ex quæstu venient. Vid. infra § 2.

(5) Sensus est: Socius qui dotem accepit, eamque uxori restituere tenetur, eam quidem recipere seu præcipere debet a medio Societatis; sed non debet eam præcipere ante eam diem qua tenetur eam uxori solvere: interusurium debet Societatis lucro esse.

solveret, herede ea relicta decessit, quæ posteaquam cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata (1) est: quæsitum est an, si Pro socio ageret, dotis quantitatem præcipere deberet; si forte convenisset inter Socios ut de communi constitueretur? Dixi, Pactum (2) non esse iniquum, utique si non de alterius tantum filia convenit. Nam si commune hoc pactum fuit, non interesse quod alter solus filiam habuit. Cæterum (3) si numeratam dotem pater, defuncta in matrimonio filia, recuperasset, reddi pecuniam Societati debuisse: pactum ex æquitate sic nobis interpretantionibus. Quod si salva Societate, divortio matrimonium solutum foret; cum sua causa (4) dotem recuperari, scilicet ut ea vel alii marito dari possit; nec si prior maritus facere non posset, denuo de Societate constituendam dotem; nisi si nominatim ita convenisset. Verum in proposito (5) largiter (6) esse videbatur, dos numerata esset; an vero promissa. Nam si filia datam dotem, posteaquam patri heres extitit, jure suo recepisset; non esse referendam pecuniam Societati, quam mulier habitura fuit etsi alius (7) heres extitisset: quod si accepto a marito liberata esset, nequaquam imputari (8) posse Societati non solutam pecuniam. *l.* 81. Papin. lib. 9. quæst.

XVIII. *Vidimus quæ conferenda sint in Societate universorum bonorum: item quæ onera complectatur.*

Cæterum de his quæ conferenda sunt, *Neratius* Ibidem ait, Socium omnium bonorum non cogi conferre quæ ex prohibitis causis acquisierit. *l.* 52. § 17. Ulpian. lib. 31. ad Ed.

V. G. Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est, in Societatem non oportere conferri palam est; quia Delictorum turpis atque fœda communio est (9). *l.* 53. Ulp. lib. 30. ad Sabin.

Obiter nota: Plane, si in medium collata sit, commune erit lucrum (10). *d. l.* 53.

Quod enim ex maleficio contulerit Socius, non aliter recipere debet quam si damnatus sit (11). *l.* 54. Pompon. lib. 13. Sabin.

De oneribus Per contrarium quoque apud Veteres tractatur; An Socius omnium bonorum, si quid ob Injuriarum actionem damnatus præstiterit, ex communi consequatur ut præstet? Et Atilicinus, Sabinus, Cassius responderunt, Si injuria (12) judicis damnatus sit, consecuturum: si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere. Cui congruit, quod Servium respondisse Aufidius refert, Si Socii bonorum fuerint; deinde unus, cum ad judicium non adesset, damnatus sit; non debere eum de communi id consequi: si vero præsens injuriam judicis passus sit, de communi sarciendum. *l.* 52. § 18. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Similiter Quod in alea aut adulterio perdiderit Socius, ex medio non est laturus. *l.* 59. § 1. Pompon. lib. 12. ad Sabin.

XIX. *Interdum tamen et quod ex turpi causa Socius debet, alter Socius agnoscere cogitur scilicet si passus est lucrum quod ex delicto profectum est, in commune conferri.*

Si igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficium admisit; id quod contulit, aut solum, aut cum pœna auferet: solum auferet, si mihi proponas insciente Socio eum in Societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam pœnam Socium

(1) In specie hujus legis, dos non fuit numerata: pater ex sua promissione hanc debebat viro, et hæc obligatio in filiam quæ patri heres extiterat, transiverat. Igitur quum soluto matrimonio filia agit *De dote* cum viro, non hoc potest consequi ut vir dotem restituat quam non accepit; sed hoc consequitur, ut vir ipsam liberet ab obligatione in quam patri dotis promissori successerat.

(2) Quæstionem proposuit in specie pacti quo convenerat inter Socios, ut dotes filiabus Sociorum ex arca communi constituerentur: antequam autem ad quæstionis decisionem veniat, disquirit quod prævium erat disquirere; nimirum an tale pactum valeret: nisi enim valeret, frustra quæstio proponeretur.

(3) Postquam statuit valere pactum, jam varios casus distinguit qui in specie hujus pacti possunt occurrere. Socius scilicet qui ita pactus est, vel dotem numeravit, vel duntaxat promisit; quum numeravit, vel eam recepit mortua filia vel ea viva: tandem in fine legis definit quæstionem quam proposuerat.

(4) Pater soluto matrimonio dotem filiæ profectitiam cum hac causa recipit; ut filiæ hanc servare debeat alteri viro dandam quum iterum nubet: ergo pariter cum hac causa hæc dos ad Societatem revertetur.

(5) Tandem redit ad quæstionem quam proposuerat.

(6) Id est, multum interesse.

(7) Mortuo patre filia jure suo, non tanquam heres patris, dotem etiam profectitiam recipit: ut videb. infra lib. 23. Tit. *Soluto matrimon.* Part. 2. art. 2.

(8) Sensus est Cum non ex sola promissione, sed demum ex numeratione dos existat; nulla pecunia soluta, nulla potest intelligi dos quæ ex Societatis arca exiverit et in eam redierit, et quam mulier præcipere possit e medio Societatis.

(9) Societas quantumvis universorum bonorum contracta sit, non potest videri contracta eorum quæ ex flagitio acquirentur. Nulla enim flagitiorum societas esse potest; et turpiter socius horum se bonorum societatem contraxisse allegaret. Cum igitur ad societatem pertinere non videri quæ possint, non possunt venire in actione *Pro socio*. Contra in judicio *Petitionis hereditatis*, etiam ea veniunt quæ possessor inhoneste ex rebus hereditariis acquisivit [supra lib. 5. Tit. *de Hered. petit.* N. 31.] quia in illo judicio veniunt quæcumque in hereditate continentur, et in ea continentur quæcumque ex rebus hereditariis profecta sunt, sive honeste sive inhoneste.

(10) Quod Socius ex delicto acquisivit, non potest cogi conferre; alter enim Socius qui hoc conferri peteret, turpiter peteret. Pari ratione; si Socius contulit quod ex delicto quæsivit, non potest sub eo prætextu illud præcipere: turpiter enim allegaret se illud ex delicto quæsivisse: in pari causa turpitudinis potior est causa possidentis.

(11) Conventus ob maleficium, ut dicitur in l. 55. infra N. 19.

(12) Qui eum quamvis innocentem condemnavit.

agnoscere oportet. Æquum est enim ut cujus participavit lucrum, participet et damnum. *l.* 55. ULPIAN. LIB. 30. AD SABIN.

Nec quicquam interest, utrum manente Societate præstiterit ob furtum, an dissoluta ea. Idemque est in omnibus turpibus actionibus: veluti Injuriarum, Vi bonorum raptorum, Servi corrupti, et similibus; et in omnibus pœnis pecuniariis quæ ex publicis judiciis accidunt. *l.* 56. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Nec prætermittendum esse Pomponius ait, ita demum hoc esse verum, si honestæ et licitæ rei Societas coita sit. Cæterum si maleficii Societas coita sit, constat nullam esse Societatem: generaliter enim traditur RERUM INHONESTARUM NULLAM ESSE SOCIETATEM. *l.* 57. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

§ 2. *De Societate* Universorum quæ ex quæstu venient.

XX. *Talis Societas contrahi intelligitur, quum simpliciter Societas contrahitur.*

Hinc Ulpianus: Coiri Societatem et simpliciter licet; etsi non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt. *l.* 7. LIB. 30. AD SABIN.

Sed et si adjiciatur, ut et quæstus et lucri socii sint: verum est non ad aliud lucrum, quam quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem pertinere. *l.* 13. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Hoc est; si quod lucrum ex emptione-venditione, locatione-conductione descendit. *sup. d. l.* 7. ¶ *hoc est.*

Quæstus enim intelligitur qui ex opera cujusque descendit. *l.* 8. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Quin etiam quæstus videntur, et in hanc Societatem conferuntur, stipendia militiæ et salaria.

Enimvero Papinianus libro (*3 Responsorum*) ait, Si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit; et stipendia, cæteraque salaria in commune redigi judicio Societatis: Quamvis filius emancipatos hæc non cogatur conferre (1) fratri, inquit, in potestate manenti; quia etsi in potestate maneret, præcipua ea haberet. *l.* 52. § 8. ULP. LIB. 31. AD ED.

XXI. *Inter eas res autem quæ in hanc Societatem conferuntur*, Non adjecit Sabinus hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa sive non mortis causa: fortassis hæc ideo quia non sine (2) causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt. *l.* 9. LIB. 30. AD SABIN.

Et quia plerumque, vel a parente, vel a liberto, quasi debitum nobis hereditas obvenit. *l.* 10. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Et ita de hereditate, legato, donatione, Quintus Mucius scribit. *l.* 11. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Similiter Paulus: Duo colliberti Societatem coierunt lucri, quæstus, compendii. Postea unus ex his a patrono heres institutus est; alteri legatum datum est: Neutrum horum in medium referre debere, respondit. *l.* 71. § 1. PAUL. LIB. 3. EPITOM. ALF. DIGEST.

Item Julianus: Quum quæstus et compendii Societas initur, quidquid ex operis suis Socius acquisierit, in medium confert; sibi autem quisque hereditatem acquirit. *l.* 45. § 2. *ff. de Acq. hered.* LIB. 1. AD URSEIUM FEROCEM.

Sed nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendebit, veniet in rationem Societatis. *l.* 12. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Hinc Jure Societatis, per Socium ære alieno Socius non obligatur (3): nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint. *l.* 82. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

§ 3. *De Societate* Negotiationis *alicujus.*

XXII. *Tertia Societatis species, est cujuslibet honestæ negotiationis.*

In hac Societate, si quæ pecuniæ quæve res ad exercendam negotiationem destinentur Societati; non statim atque destinatæ sunt, communes fiunt sed tunc demum quum reipsa collatæ fuerunt.

Hinc Celsus tractat; si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia perisset; cui perierit ea? Et ait, Si post collationem evenit ut pecunia periret, quod non fieret nisi Societas coita esset; utrique perire. Ut puta si pecunia, quum peregre portaretur ad mercem emendam periit. Si vero ante collationem, postquam eam destinasses, tunc perierit; nihil eo nomine consequeris, inquit: quia non Societati periit. *l.* 58. § 1. ULP. LIB. 31. AD ED.

Idem colligere est etiam ex specie sequenti, quam adhuc ex Celso refert Ulpianus. Si id quod quis in Societatem contulit, extinctum sit: videndum an Pro Socio agere possit? Tractatum ita est apud Celsum libro 7 Digestorum, ad epistolam Cornelii Felicis: Quum tres equos haberes et ego unum, Societatem coimus ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait Societatem manere; nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam

(1) Dispar est ratio utriusque collationis. Filius emancipatus ideo tenetur conferre ei qui in potestate remansit, ne alioquin ipse melioris conditionis esset quam si in potestate mansisset: porro patet hanc rationem militare in his duntaxat rebus quas, si in potestate mansisset, non sibi sed patri quæsivisset; ergo hæc collatio non debet porrigi ad stipendia et salaria, quæ filius etiamsi in potestate mansisset, sibi, non patri quæsivisset. Socius vero ideo tenetur conferre Socio, quia de omni quæstu honesto communicandu convenerunt: quæ conventio omnem quæstum complectitur, etiam castrensem et quasi castrensem.

(2) *Non sine causa* alicujus meriti personalis, aut naturalis debiti: hæc autem quæ ex tali causa proficiscuntur, non possunt videri esse in quæstu; adeoque in hanc Societatem non veniunt.

(3) Secus obtinet in Societate *Universorum bonorum*; ut vid. supra N. 16.

Societatem. Cæterum si id actum dicatur ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam; non dubie adhuc Socii sumus. *d. l.* 58.

XXIII. *Huic Societati quæ alicujus negotiationis contrahitur, acquiritur omnis quæstus qui ex illa negotiatione proficiscitur; non autem is quem aliunde Socii faciunt.*

Hinc Quum duo erant argentarii Socii; alter eorum aliquid separatim quæsierat, et lucri senserat: quærebatur an commune esse lucrum oporteret? Et Imperator Severus Flavio Felici in hæc verba scripsit: « Etiamsi maxime argentariæ (1) » Societas inita est; quod quisque tamen Socius » non ex argentaria causa quæsiit, id ad communionem non pertinere, explorati Juris est ». *l.* 52. § 5. ULPIAN. LIB. 31. AD ED.

§ 4. *De Societate* Vectigalium.

Hæc quarta Societatis species a præcedenti non differt, nisi quod (ut infra videb. N. 59.) proprium est huic Societati ut morte unius e Sociis non solvatur, sed duret inter superstites: quinetiam ut, si ab initio ita convenerit, heres defuncti in Societatem succedat.

§ 5. *De Societate certarum rerum vel* Unius rei.

XXIV. *Quinta Societatis species, est Societas rerum certarum vel unius rei, puta unius prædii; ut in specie de qua ita rescribunt Diocletianus et Maximianus.* Cum proponas te prædium conjuncto dominio cum patrono tuo comparasse, in possessionemque tam te quam ipsum inductum: Juris ratio efficit, ut dominium fundi ad utrumque pertineat. Sane quia pretium a te solo numeratum, et solemnibus pensitationibus, cessante Socio, satisfactum esse dicis: judicio Societatis, id quod eo nomine præstari oportuerit, consequeris. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Aliud exemplum est; si qui ita contraxerint ut, si alterutri hereditas justa obveniret, communis foret.

Quocirca De illo quæritur: Si ita Societas coita sit, ut si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit; quæ sit justa hereditas: utrumque jure legitimo obvenit, an etiam quæ testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere. *l.* 3. § 2; PAUL. LIB. 32. AD EDICT.

XXV. *In Societate unius rei (quemadmodum et in Societate unius negotiationis) illud demum lucrum damnumve conferendum est, quod propter illam rem contingit.*

Hinc Papinianus libro 3 Responsorum ait: Si fratres parentum indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent; quod aliunde quæsierint, in commune non redigetur. *l.* 52. § 6. ULP. LIB. 31. AD EDICT.

Sed nec illud lucrum quis conferet, quod duntaxat propter suam partem sensit.

Hinc Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit: hoc ad solum Socium (2) pertinet. An tamen Pro socio judicio communicari debeat cum herede Socii, quæritur? Et ait Sextus Pomponius, Julianum (3) referre Sabinum respondentem, non communicari: et posse hanc sententiam defendi, Julianus ait. Non enim propter communionem hoc acquisitum est, sed ob suam partem: nec oportere id communicari quod quis, non propter Societatem, sed propter suam partem acquisierit. *l.* 63. § 9. IBID.

ARTICULUS II.

De jure Sociorum (4) *circa Societatem.*

XXVI. *Socius portionem quam in rebus communibus habet, in quemlibet transferre potest.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Falso tibi persuasum est, communis prædii portionem pro indiviso, antequam Communi dividundo judicium dictetur, tantum Socio, non etiam extraneo (5) posse distrahi. *l.* 3. *Cod. de Comm. rer. alien.*

Iidem rescribunt: Portionem quidem tuam militantis frater tuus alienare non potuit; ejus autem partem pretio soluto tibi restitui postulare, nec militari gravitati convenit. *l.* 4. *Cod. d. t.*

Cæterum, Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint. *l.* 68. GAIUS. LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Hinc solvitur quæstio sequens. Si quis in communem locum, mortuum intulerit: an religiosum fecerit, videndum est? Sane jus quidem inferendi in sepulcrum unicuique in (6) solidum competit. Locum autem purum (7) alter non potest face-

(1) Supple, negotiationis.

(2) Nam ex hujus duntaxat persona valere potest; nec enim valere potest ex persona testatoris.

(3) Ita legendum recte monet D. Schultingius. Vulgo, *Et ait Julianus Sextum Pomponium, etc.* sed male; Pomponium si quidem, qui sub M. Aurelio scripsit, præcesserat Julianus Edicti Perpetui compilator sub Hadriano.

(4) Quæ de jure sociorum circa res Societatis in hoc Articulo traduntur, conveniunt etiam his qui citra Societatem rem communem habent. Vid. etiam circa hanc materiam, Appendicem ad Tit. *de Servit. urb. præd.* supra lib. 8 ubi specialiter de iis quæ facere licet necne in pariete communi.

(5) Postea concessum est proximis consortibusque, ut extraneo emptori præferrentur: quod jus prælationis abrogaverunt Valentinianus et Theod. l. 14. Cod. *de Contr. empt. vend.*

(6) Nam unusquisque ex sociis ad eum usum ad quem res communis destinata est, potest ea uti.

(7) Id est, profanum, purum ab omni religione.

re (1) religiosum. Trebatius autem, et Labeo, quanquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant In factum (2) agendum. *l.* 6. § 6. *ff. Com. divid.* ULP. LIB. 19. AD ED.

Pomponius autem ait : Si fundus mihi tecum communis sit, et in eum mortuum intuleris; agam tecum (3) Pro Socio. *l.* 39. LIB. 13. AD SABIN.

XXVII. *Non Solum socius non potest res communes nisi pro parte sua alienare : sed etiam ait* Sabinus, In re communi neminem dominorum jure facere quicquam, invito altero, posse : unde manifestum est prohibendi jus esse. IN RE ENIM PARI POTIOREM CAUSAM ESSE PROHIBENTIS CONSTAT. *l.* 28. *ff. Com. divid.* PAPIN. LIB. 7. QUÆST.

Hinc Si in area communi ædificare velis, Socius prohibendi jus habet; quamvis tu ædificandi jus habeas a vicino concessum : quia, invito Socio, in re communi non habeas jus ædificandi. *l.* 27. § 1. *ff. de Serv. urb. præd.* POMPON. LIB. 33. AD SABIN.

Similiter An unus ex Sociis in communi loco, invitis cæteris jure ædificare possit; id est, an, si prohibeatur a Sociis; possit cum his ita experiri, JUS SIBI ESSE ÆDIFICARE; et an Socii cum eo ita agere possint JUS SIBI PROHIBENDI ESSE, vel ILLI JUS ÆDIFICANDI NON ESSE : et, si ædificatum jam sit, non possit cum eo ita experiri, JUS TIBI NON ESSE ita ædificatum habere, quæritur? Et magis dici potest, prohibendi potius quam faciendi esse jus Socio : quia magis ille qui facere conatur (ut dixi), quodam modo sibi alienum quoque jus præripit, si, quasi solus dominus, ad suum arbitrium uti re communi velit. *l.* 11. *ff. Si serv. vind.* MARCELL. LIB. 6. DIGEST.

Hinc etiam De communi servo unus ex Sociis quæstionem habere, nisi communis negotii causa, jure non potest. *l.* 27. *ff. Com. divid.* PAUL. LIB. EPITOM. ALFEN. DIGEST.

Observandum quod addit Papinianus : Sed etsi in communi prohiberi Socius a Socio, ne quid faciat, potest; ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, quum prohibere poterat, hoc prætermisit : et ideo per Communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem.

Quod si quid, absente Socio, ad læsionem ejus fecit; tunc etiam tollere cogitur. *sup. d. l.* 28. *ff. Com. divid.* ¶ *sed etsi.*

XXVIII. *Socius suis Sociis alium Socium citra eorum consensum adsciscere non potest.*

Hinc Qui admittitur Socius, ei tantum Socius est qui admisit. Et recte. Cum enim Societas consensu contrahitur; Socius mihi esse non potest, quem ego Socium esse nolui. Quid ergo si Socius meus eum admisit? Ei soli Socius est. *l.* 19. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Nam Socii mei Socius, meus Socius non est. *l.* 20. *hic*, *et l.* 47. *§ fin. de Reg. Jur.* ULP. LIB. 31. AD EDICT.

Et quidquid fuerit de Societate nostra consecutus, cum illo qui eum assumpsit communicabit; nos cum eo non communicabimus.

Sed factum ejus (4) præstabitur Societati; id est, aget Socius, et Societati; præstabit quod fuerit consecutus. *l.* 21. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Ex contractis factum quoque Sociorum debet ei præstare, sicuti suum : quia ipse adversus eos habet actionem. *l.* 22. GAIUS LIB. 10. AD EDICT. PROVINC.

Item certum est, nihil vetare prius inter eum qui admiserit et eum qui admissus fuerit Societatis judicio agi; quam agi incipiat inter cæteros et eum qui admiserit. *d. l.* 22.

XXIX. *Quum autem inter Socios agitur, priusquam Socius qui adscititium admisit cum eo egerit;* De illo Pomponius dubitat utrum actionem eam mandare Sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra Sociis præstet : an vero indemnes eos præstare debeat? Et puto, omni modo eum teneri ejus nomine quem ipse solus admisit : quia difficile est negare, culpa ipsius admissum. *l.* 23. ULPIAN. LIB. 30. AD SABIN.

Idem quærit : An commodum quod propter Socium admissum accessit, compensari cum damno quod culpa præbuit, debeat? Et ait, compensandum. Quod non est verum. Nam et Marcellus libro 6 Digestorum scribit : Si servus unius ex Sociis Societati a domino præpositus, negligenter versatus sit; dominum Societati, qui præposuerit, præstaturum; nec compensandum commodum, quod per servum Societati accessit, cum damno. Et ita Divum Marcum pronunciasse. Nec posse dici Socio : Abstine commodo quod per servum accessit, si damnum petis. *d. l.* 23. § 1.

Obiter nota. Placé si ambo Socii servum alte-

(1) Nam privaret Socium suum parte quam in eo loco habet, et sic quodammodo partem Socii sui alienaret : porro statutum est supra, non posse eum plus parte sua alienare.

(2) Nimirum Trebatio et Labeoni videbatur hic locus, quanquam non omnino religiosus factus esset, tamen aliquid religionis ex illatione cadaveris contraxisse; adeoque quodammodo extra commercium esse, nec in communionem aut Societatem cadere posse : quare putabant non posse hujus loci nomine agi *Pro Socio* aut *Communi dividundo*, sed recurrendum esse ad actionem *In factum* [ad quam recurri solet quum cætera deficiunt] scilicet ut corpus tollatur vel pretium loci solvatur. Hæc autem sententia Labeonis Proculeianæ sectæ principis non obtinuit, sed prævaluit sententia Sabini quam Pomponius refert infra mox l. 39.

(3) Scilicet in hoc ut corpus tollatur, vel pretium loci solvatur.

(4) Si Socius ille adscititius damnum rebus Societatis culpa sua dedit, tenetur eo nomine Socio qui eum adscivit, cujus Socius est, non vero cæteris qui eum non adsciverunt et quorum Socius non est : sed illi eo nomine agent adversus suum Socium qui hunc adscivit, ut ipsis præstet factum hujus adscititii.

rius præposuerint: non tenebitur dominus ejus nomine, nisi duntaxat De peculio. Commune enim periculum esse oportet, cum ambo eum præposuimus. *l.* 24. Ulpian. lib. 31. ad Ed.

Igitur Non ob eam rem minus ad periculum Socii pertinet quod negligentia ejus periisset, quod in plerisque aliis industria ejus Societas aucta fuisset: et hoc ex appellatione Imperator pronunciavit. *l.* 25. Paul. lib. 6. ad Sabin.

Et idem, si Socius quædam negligenter in Societate egisset, in plerisque autem Societatem auxisset: non compensatur compendium cum negligentia; ut Marcellus libro 6 Digestorum scripsit. *l.* 26. Ulp. lib. 31. ad Ed.

SECTIO III.

De actione Pro Socio.

Circa hanc actionem quæritur 1.° *Unde competat; quibus et adversus quos, et quando moveri possit; denique, an plurium Societatum nomine inter easdem personas contractarum una actio sufficiat.*

2.° *Videbimus quæ hac actione veniant præstanda.*

3.° *Agemus de beneficio quo Socius hac actione conventus gaudet, ut ultra hoc quod facere potest non condemnetur.*

4.° *Inquiremus cum quibus actionibus hæc actio concurrat.*

ARTICULUS I.

Unde hæc actio detur; quibus et adversus quos et quando competat.

§ 1. *Unde actio* Pro Socio *dari possit.*

XXX. *Actio* Pro Socio *ex contractu Societatis duntaxat competit, non ex qualicumque communione.*

Unde Ulpianus: Ut sit Pro Socio actio, Societatem intercedere oportet. Nec enim sufficit rem esse communem, nisi Societas intercedit. *l.* 31. lib. 30. ad Sabin.

Nam, quum tractatu (1) habito Societas coita est, Pro Socio actio est: quum sine tractatu, in re ipsa et negotio; Communiter gestum videtur. *l.* 32. Ulpian. lib. 2. ad Ed.

Ut in conductionibus (2) publicorum, item in emptionibus: nam qui nolunt inter se (3) contendere, solent per nuntium rem emere in commune; quod a Societate longe remotum est. *l.* 33. Ulp. lib. 31. ad Ed.

(*Obiter nota*: Et ideo, Societate sine tutoris auctoritate coita, pupillus non tenetur; attamen (4) communiter gesto teoetur. *d. l.* 33.)

Item Communiter res agi potest etiam citra Societatem: ut puta, quum non affectione Societatis incidimus in communionem; ut evenit in re duobus legata: item si a duobus simul empta (5) res sit: aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit; aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non Socii futuri. *sup. d. l.* 31.

Quibus casibus; si quid forte unus in eam rem impenderit, sive fructus mercedesve unus perceperit, vel deteriorem fecerit rem: non Societatis judicio locus est; sed inter coheredes quidem Familiæ erciscundæ judicio agitur, inter cæteros Communi dividundo. *l.* 34. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

§ 2. *Quibus et adversus quos actio* Pro Socio *competat.*

XXXI. *Hæc actio singulis Sociis adversus cæteros Socios competit.*

Socius autem meus intelligitur, cujus personam in contrahenda Societate spectavi.

Hinc ait Labeo, Quotiens jussu alicujus vel cum filio ejus vel cum extraneo Societas coitur; directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda Societate spectata sit. *l.* 84. lib. 6. post. a Javolen. epitom.

Non tamen semper adversus quemlibet ex Sociis suis, Socius potest Pro Socio *agere.*

Nam Si communis pecunia penes aliquem Sociorum sit, et alicujus Sociorum quid (6) absit; cum eo solo agendum penes quem ea pecunia sit. Qua (7) deducta; de reliquo quod cuique debeatur, omnes agere possunt. *l.* 65. § 14. Paul. lib. 32. ad Ed.

(1) Id est, conventione habita Societatis, coeundæ.

(2) Quum scilicet citra voluntatem coeundæ Societatis, in commune conducuntur.

(3) Ne sibi invicem nocerent, dum alter alterius pretio adjiceret.

(4) Cum *Societas* et *Communiter gestum* valde differant; ideo *pupillus, etc.* Ratio diversitatis petitur ex diversitate negotii. *Societas* est Contractus qui consensum desiderat: pupillus autem sine tutoris auctoritate consentire non intelligitur, quum de ipso obligando agitur. Communio autem seu *Communiter gestum*, est negotium in quo etiam citra consensum obligatio contingit, adeoque et citra tutoris auctoritatem.

(5) Scilicet non animo contrahendæ Societatis.

(6) Quod de suo in negotiis Societatis impenderit.

(7) Mendum irrepsit in lectione; et legendum *quo deducto*. Textus ita restitutus planus est; nimirum sensus est: Socius cui quid abest quod in negotia Societatis impendit, hoc deducet seu præcipiet; *quo deducto*, de reliquo inter omnes pro parte quam quisque habere in Societate debet, distribuendo agetur.

Fit igitur actione *Pro Socio* partitio pecuniæ communis; quamvis infra dicatur [Art. 2.] divisionem rerum communium, non ad hanc actionem, sed ad judicium *Communi dividundo* pertinere. Nam [ut observat Cujacius ad h. §.] aliud est Partitio, aliud Divisio. Partitio fit numero, et consistit in supputatione quam quisque ex Sociis in pecunia aut alia quantitate communi ferre debet. Divisio fit specie, quum singulæ species, divisæ V. G. fundi alicujus regiones, singulave alia corpora singulis adjudicantur: Quæ adjudicationes desiderant arbitrium *Communi dividundo*.

XXXII. *Actio* Pro Socio *heredi et in heredem datur.*

Eam heredi competere ita rescribunt Diocletianus et Maximianus : Cum in Societatis contractibus fides exuberet, conveniatque æquitatis rationibus etiam compendia æqualiter inter Socios dividi : Præses provinciæ, si patrem tuum salinarum Societatem participasse, et non recepta communis compendii portione rebus humanis exemptum esse perspexerit, commodum Societatis quod deberi juxta fidem veri constiterit, restitui tibi præcipiet. *l.* 3. *Cod. h. t.*

In heredem quoque Socii, Pro Socio actio competit; quamvis heres Socius non sit : licet enim Socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circa Societates vectigalium, cæterorumque, idem observamus; ut heres Socius non sit, nisi fuerit (1) adscitus; verumtamen omne emolumentum Societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum agnoscat quod contingit sive adhuc vivo Socio vectigalis sive postea : quod non (2) similiter in voluntaria (3) Societate observatur. *l.* 63. § 8. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Et alibi : In heredem autem Socii proponitur actio, ut bonam fidem præstet (*l.* 35. ¶ *fin.* lib. 30. ad Sabin.); Et actictiam culpam quam is præstaret in cujus locum successit, licet Socius non sit. *l.* 36. Paul. lib. 6. ad Sabin.

§ 3. *Quando actione* Pro Socio *agi possit.*

XXXIII. *Actioni* Pro Socio *præcipue locus est finita Societate, cum totius negotii rationem hæc actio exigat.*

Tamen Nonnunquam necessarium est, et manente Societate agi Pro Socio. Veluti quum Societas vectigalium causa coita est (propterque varios contractus neutri expediat recedere a Societate); nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit (4). *l.* 65. § 15. Paul. lib. 32. ad Edict.

Item manente Societate, Pro Socio *ago ut Socius meus re communi me uti patiatur.*

Hinc Mela scripsit, Si vicini semipedes inter se contulerunt ut ibi craticium (5) parietem inter se ædificarent ad onera utrinsque sustinenda; deinde ædificato pariete, alter in eum immitti non patiatur; Pro Socio agendum. Idemque et si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur : et alteri tradita sit, nec præstet alteri quod convenit : Pro Socio actionem esse. *l.* 52. § 13. Ulp. lib. 31. ad Ed.

§ 4. *Quum plures inter eosdem initæ sunt Societates ; an una actio sufficiat ?*

XXXIV. Si plures sint inter eosdem Societates coitæ, ad omnes Societates sufficere hoc unum judicium constat. *d. l.* 52. § 14.

ARTICULUS II.

Quid veniat in actione Pro Socio.

Hæc actio ad præstationes personales proprie pertinet : cum ad communium rerum divisionem competat actio Communi dividundo*; ut vid. supra lib.* 10. *d. tit. N.* 6.

Quæ sint autem istæ præstationes personales, patebit ex subjectis in hoc Articulo §§.

§ 1. *De eo quod Socius Societati debet.*

XXXV. *Hoc imprimis præstandum venit in actione* Pro Socio, *ut ejus quod Socius Societati debet, partem Socio præstare teneatur.*

Debet autem quis Societati 1.° *Vel quod e medio tulit, vel si quid lucri fecerit quod conferendum sit.*

Quod si Socius ex pretio rei communis non plus parte sua receperit, nihil eo nomine Societati debet ; adeoque hoc quod accepit, non veniet in hoc judicio.

Hinc Pomponius : Si Titius, cum quo mihi Societas erat, decesserit : egoque cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere, communiter cum eo res vendiderim; et partem pecuniæ ex venditione redactæ ego, partem Seius abstulerit : te, qui revera Titio heres es, partem ad me redactæ pecuniæ, Societatis judicio, non consecuturum Neratio et Aristoni placebat; quia meæ duntaxat partis pretia percepissem. Neque interesse, utrum per se partes meas vendidissem, an communiter cum eo qui reliquas partes ad se pertinere diceret. Alioquin (6) eventurum ut, etiamsi duo Socii rem vendiderint, unusquisque quod ad se pervenerit,

(1) Id est, nisi convenerit ut mortuo Socio, ejus heres vice defuncti Socius esset : quæ conventio jure singulari admittitur in Societate vectigalium.

(2) Hoc refer ad id quod dixit *nisi fuerit ascitus :* et sensus est, hanc conventionem non admitti in cæteris Societatibus.

(3) Cæteras Societates opponit Societati Vectigalium, easque appellat *voluntarias ;* quia in his heres Socii in Societatem non succedit, nemoque potest esse Socius nisi ex propria et cæterorum omnium Sociorum voluntate. Vid. infra Sect. fin. § 1.

(4) Hoc casu agam *Pro Socio ;* non quidem judicio generali ut distrahatur Societas quam mea interest nondum distrahi, donec ad finem perducta fuerint varia negotia quæ ad hanc Societatem pertinent, sed agam speciali judicio ut quod Socius meus jam exegit et retinet, mihi conferre teneatur. Exemplum posuit in Societate Vectigalium, eo quod hæc Societas ampla et valde negotiosa esse soleat, Idem obtinere potest in quavis alia Societate.

(5) *Un mur mitoyen.*

(6) Sensus hujus argumenti est : Quum vendo communiter cum Socio putativo, perinde est, quoad me, ac si venderem cum Socio vero : ergo si partem meam, quam recepi ex venditione quam feci cum hoc Socio putativo, conferre deberem; evenire deberet ut pariter eam conferre deberem si vendidissem una cum Socio vero, et singuli partes nostras recepissemus ; quod absurdum est.

partem alteri, Societatis judicio, præstare debeat. Sed nec te ex parte quam hereditatis petitione forte a Seio consecuturus sis, quicquam mihi præstare debere; quia quod ad Seium pervenerit, tuarum partium pretium sit; nec ad me habentem meum, quicquam ex eo redire debeat. *l.* 62. LIB. 13. AD SABIN.

Si tamen partem meam integram receperim a debitore Societatis, a quo cæteri Socii partes suas integras servare non possint; veniet in hoc judicio ut quod plus consecutus sum quam ipsi possunt consequi, conferre tenear.

Hoc docet Ulpianus. Si quum tres Socii essent, egerit cum uno ex Sociis Socius, et partem suam integram sit consecutus; deinde alius Socius cum eodem agat, et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non (1) potest: an hic qui minus consecutus est, cum eo agere possit qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id est, exæquandas: quasi iniquum sit ex eadem Societate alium plus, alium minus consequi? Sed magis est ut Pro Socio actione consequi possit ut utriusque portio exæquetur. Quæ sententia habet æquitatem. *l.* 63. § 5. LIB. 31. AD EDICT.

XXXVI. 2.° *Ex ea causa etiam Socius Societati debet, et eo nomine actione* Pro Socio *tenetur, quod damnum Societati dederit.*

Igitur Si quid dolo nostro Socius damni ceperit, a nobis repetet. *l.* 59. § 1. ¶ *si quid vero.* POMPON. LIB. 12. AD SABIN.

Enimvero Venit in hoc judicium Pro Socio, bona fides. *l.* 52. § 1. ULP. LIB. 31. AD ED.

Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam præstare Socium oporteat, quæritur? Et Celsus libro 7 Digestorum ita scripsit: Socios inter se dolum et culpam præstare oportet. Si in coeunda Societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter; veluti quum pecus in commune pascendum, aut agrum politori (2) damus in commune quærendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa præstanda est. Pretium enim operæ artis, est (3) velamentum. Quod si rei communi Socius nocuit: magis admittit, culpam quoque venire. *d. l.* 52. § 2.

Similiter Gaius: Socius Socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidiæ atque negligentiæ. *l.* 72. GAIUS LIB. 2. QUOTID. RER.

Socio autem culpa imputatur, tam in omittendo quam in admittendo.

Hinc Si qui Societatem ad emendum coierint; deinde res alterius dolo vel culpa empta non sit; Pro Socio esse actionem, constat. Plane si conditio sit adjecta, SI INTRA ILLUM DIEM VENIRET; et dies sine culpa Socii præterierit; cessabit actio Pro Socio. *sup. d. l.* 52. § 11.

Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quia qui parum diligentem sibi Socium acquirit, de se queri debet. *sup. d. l.* 72. ¶ *culpa.*

At vero Damna quæ imprudentibus (4) accidunt, hoc est damna fatalia, Socii non coguntur præstare. Ideoque si pecus æstimatum datum sit, et id latrocinio, aut incendio perierit: commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus qui æstimatum pecus acceperit. Quod si a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est: quia custodiam præstare debuit, qui æstimatum accepit. Hæc vera sunt: et Pro Socio erit actio, si modo Societatis contrahendæ causa pascenda data sunt; quamvis æstimata. *sup. d. l.* 52. § 3.

§ 2. *De eo quod Socio a Societate debetur.*

XXXVII. *Hactenus de eo quod Societati debet is adversus quem* Pro Socio *agitur.*

Venit quoque in hoc judicio ut si quid Socio a Societate debeatur, is hujus partem a Sociis suis recipiat.

Socio autem a Societate debetur 1.° *Quod in Societatem impendit.*

Hinc V. G. Si in communem rivum reficiendum impensa facta sit: Pro Socio esse actionem ad recuperandum sumptum, Cassius scripsit. *d. l.* 52. § 12.

Hoc autem duntaxat quod in ipsum negotium Societatis impensum est, repetitur.

Hinc Si quis ex Sociis propter Societatem profectus sit; veluti ad merces emendas: eos duntaxat sumptus Societati imputabit qui in eam impensi sunt. Viatica igitur et meritoriorum, et stabulorum, jumentorum, carrulorum (5) vecturas, vel sui vel sarcinarum suarum gratia vel mercium, recte imputabit. *d. l.* 52. § 15.

Item hi demum sumptus hac actione petuntur, qui durante Societate facti sunt. Quod Si post distractam Societatem aliquid in rem communem impenderit Socius, actione Pro Socio id non consequitur; quia non est verum, pro Socio communiterve id gestum esse; sed Communi dividundo judicio, hujus quoque rei ratio habebitur. Nam, etsi distracta esset Societas, nihilominus divisio rerum superest. *l.* 65. § 13. PAUL. LIB. 32. AD EDICT.

(1) Vid. infra. Art. 3. hujus Sect.

(2) *Politorem* hic appellat colonum partiarium; cui agrum poliendum, id est, diligenter et concinne colendum ea lege damus, ut certam partem frugum pro opera sua habeat.

(3) Cujacius in Not. ad Instit. h. t. testatur in vetustissimo codice legi *levamentum.* Sensus est: pretium in quo habetur opera artis quam Socius profitetur, *est levamentum;* id est, ipsum relevat a conferenda pecunia: est vice pecuniæ quam conferre teneretur: debet igitur se peritum præstare.

(4) Id est, ex improviso.

(5) *Carruli* dicuntur, qui quid vehunt.

XXXVIII. 2.° *Socio a Societate debetur, non solum si quid erogavit; sed et si in causam Societatis se obligavit. Et, si quidem præsenti die ex hac causa debeat, hoc judicio consequitur ut id quod debet in commune solvatur.*

Hoc docet Paulus : Omne æs alienum, quod manente Societate contractum est, de communi solvendum est; licet posteaquam Societas distracta est, solutum sit. Igitur etsi sub conditione promiserat, et distracta Societate conditio extitit : ex communi solvendum est. *l.* 27. LIB. 6. AD SABIN.

Observa : Ideoque si interim Societas dirimatur, cautiones interponendæ sunt. *d. l.* 27.

Hinc V. G. Si unus ex Sociis rem communem vendiderit consensu Sociorum : pretium dividi debet ita ut ei caveatur, indemnem (1) eum futurum. Quod si jam damnum passus est, hoc ei præstabitur. *l.* 67. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Similiter Si Socii sumus, et unus ex die pecuniam debeat, et dividatur Societas : non debet hoc deducere Socius quemadmodum præsens debet; sed omnes dividere, et cavere quum dies venerit defensum iri Socium. *l.* 28. PAUL. LIB. 68. AD ED.

Et generaliter : PRO SOCIO arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno, vel lucro, pendente ex ea Societate. Quod Sabinus in omnibus bonæ fidei judiciis existimavit; sive generalia sunt, veluti Pro Socio, Negotiorum gestorum, Tutelæ; sive specialia, veluti Mandati, Commodati, Depositi. *l.* 38. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

XXXIX. 3.° *Socio a Societate debetur et hoc judicio recipitur, non solum quod in Societatem Socius impendit, vel se obligavit; sed et si quid propter Societatem damni sensit, dum negotiis Societatis operam daret. Quod contra Labeonis sententiam obtinuit.*

Puta Socius, cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est. Impensam quam in curando se fecerit, non consecuturum PRO SOCIO actione, Labeo ait; quia id non in Societatem, quamvis propter Societatem, impensum sit : sicuti, si propter Societatem eum heredem quis instituere desisset, aut legatum prætermisisset, aut patrimonium suum negligentius administrasset. Nam nec compendium, quod propter Societatem ei contigisset, veniret in medium : veluti, si propter Societatem heres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset. *l.* 60. § 1. POMPON. LIB. 13. AD SABIN.

Secundum Julianum tamen, quod medicis pro se datum est, recipere potest : quod verum est. *l.* 61. ULP. LIB. 31. AD ED.

Similiter Quidam sagariam (2) negotiationem coierunt. Alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit; servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. Dicit Julianus, damnum esse commune. Ideoque actione PRO SOCIO damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniæ quam rerum cæterarum; quas secum non tulisset Socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte Socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat. Perinde et si naufragio quid periit; cum non alias merces, quam navi, solerent advehi : damnum ambo sentient. Nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa Socii contingit. *l.* 52. § 4. IBID.

Recte autem notat Jurisconsultus, illud demum damnum Judicio PRO SOCIO *communicari quod non culpa Socii contingit.*

Enimvero QUOD QUIS ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. *l.* 203. *de Reg. Jur.* POMPON. LIB. 8. AD Q. MUCIUM.

XL. *Observandum quod Socius cui aliquid a Societate debetur, si quis ex Sociis solvendo non sit, hujus quoque quod ab illo servare non potest partem a cæteris qui solvendo sunt repetet.*

Hinc in specie qua unus ex Sociis rem communem vendiderit (3) *:* Si pretium communicatum sit sine cautione, et aliquid præstiterit (4) is qui vendidit : an, si non omnes Socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest, a cæteris debeat ferre? Sed Proculus putat hoc ad cæterorum onus pertinere, quod ab aliquibus servari non potest; rationeque defendi posse : quoniam, Societas quum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur. *l.* 67. ¶ *sed si.* PAUL. LIB. 32. AD EDICT.

§ 3. *De Pactis quæ contractui Societatis adjecta sunt.*

XLI. *Venit etiam in actione* PRO SOCIO, *quemadmodum et ex alio quolibet contractu bonæ fidei, quidquid continetur pactis quæ huic contractui incontinenti adjecta sunt.*

Hinc QUUM Societas ad emendum (5) coiretur,

(1) Scilicet si ob evictionem rei condemnaretur.

(2) *Sagaria negotiatio* est sagorum seu militarium vestium mercatura. Vid. l. 5. § 15. ff. *de Tribut. act.* ubi et sagariæ et lintcariæ negotiationis mentio habetur.

(3) Vid. supra N. 38.

(4) Puta ob evictionem.

(5) Species legis hæc fingenda est. Tres mercatores, duo veterani et peritiores, tertius novitius, Societatem alicujus mercis emendæ coierunt. Veterani pepigerunt cum novitio, ut novitius eos præstaret immunes ab epulis nundinariis : *qu'il les défraieroit de ce qui seroit payé pour vin de marché.* Possunt etiam latiori sensu intelligi hæ *epulæ,* quidquid illis mercatoribus necessarium foret ad vescendum per totum nundinarum tempus ad quas emendi causa proficiscebantur : imo eas epulas quas emptis mercibus, antequam ab hoc negotio discederent, impendi contigisset; ita ut unus in se impensas illas reciperet, cæteros a *negotio dimitteret.* Hi tres socii mercem emerunt, et certam summam epularum nomine promiserunt venditori, quam solverunt duo veterani : ait Ulpianus eos ad hanc summam repetendam adversus tertium agere posse, et actione *Pro Socio,* et *Ex vendito.*

et conveniret ut unus reliquis nundinas, id est epulas, præstaret, eosque a negotio dimitteret; si eas eis non solverit, et Pro Socio et Ex vendito (1) agendum est. *l.* 69. ULPIAN. LIB. 32. AD EDICT.

§ 4. *An et quando in actione* Pro Socio *veniant usuræ.*

Denique veniunt in actione Pro Socio *usuræ; et quidem quatuor casibus.*

XLII. *Primus casus est, quum Socius pecuniam communem Societatis nomine feneravit. Patet hoc casu conferre eum debere usuras; quas ex tali nomine percepit; secus, si suo nomine eam feneravit.*

Hoc docet Paulus. Si unus ex Sociis, qui non totorum bonorum (2) Socii erant, communem pecuniam feneraverit usurasque perceperit: ita demum usuras partiri debet, si Societatis nomine feneraverit. Nam si suo (3) nomine; quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere (4) oportet. *l.* 67. § 1. LIB. 32. AD EDICT.

XLIII. *Secundum casum refert Papinianus, quo usuræ in hoc judicium veniunt: nimirum,* Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem (5) invaserit, vel in suos usus converterit; omnimodo, etiam mora non interveniente, præstabuntur usuræ. *l.* 1. § 1. *ff. de Usuris.* LIB. 2. QUÆST.

XLIV. *Eumdem casum refert Pomponius; additque tertium: nimirum quum Socius moram fecit in conferenda pecunia quam conferre tenetur. Ita ille:* Socium qui in eo quod ex Societate lucri faceret reddendo moram adhibuit, cum (6) ea pecunia ipse usus sit; usuras quoque eum præstare debere, Labeo ait. Sed non quasi usuras, sed quod Socii intersit moram eum non adhibuisse.

Sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit: contra esse. *l.* 60. POMPON. LIB. 13. AD SABIN.

Item *(Labeo ait, quod obiter nota)*; Post mortem Socii nullam talem æstimationem (7) ex facto heredis faciendam: quia morte Socii dirimatur Societas. *d. l.* 60.

XLV. *Denique quartus casus est, quo usuræ in actione* Pro Socio *veniunt.*

Nimirum Si quid unus ex Sociis necessario de suo impendit in communi negotio, judicio Societatis servabit: et usuras, si forte mutuatus sub usuris, dedit. Sed et si suum pecuniam dedit, non sine causa dicetur quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere si alii mutuum dedisset. *l.* 67. § 2. PAUL. LIB. 32. AD ED.

ARTICULUS III.

De beneficio quo gaudet Socius, ut in hoc judicio non ultra quod facere potest condemnetur.

XLVI. Verum est, quod Sabino videtur: etiamsi

(1) Cur utraque? Quia nimirum actione *Pro Socio* non possunt petere veterani nisi trientes epularum quos singulos ex suis personis debebant. De his enim duntaxat partibus actum est, quum pepigerunt *ut ab epulis immunes præstarentur;* non de eo triente quem novitius ex persona sua debiturus esset. Nec enim necesse erat ut pro hac parte veterani pacto sibi prospicerent, quum non tenebantur pro illo solvere; unusquisque enim ex Sociis pro portione sua tantum tenetur *Ex Empto*: l. 44. § 1. ff. *de Ædil. Edicto*. Cum igitur de eo triente quem novitius ex sua persona debiturus erat, actum non sit inter Socios; nec possit venire in actione *Pro Socio* nisi id de quo actum est, aut in Societate coeunda, aut in pacto ipsi contractui adjecto: veterani qui volentes eum trientem pro novitio solverunt, non possunt eum consequi actione *Pro Socio*; sed consequentur illum actione *Ex vendito* ipsis mandata a venditore cui novitius pro parte sua erat obnoxius; vel, si mandatum non intercessit, actione *Ex vendito* utili: argumento legis 1. § 1. ff. *de Tut. et rat. distrah.* Ita postremo JANUS-A-COSTA in sua ad h. leg. recitatione, quam vide ad calcem Commentarii ejusd. in Instit. Non placet interpretatio quam affert Cujac. Observ. lib. 4. cap. 17.

(2) Enimvero si totorum bonorum Socii essent, distinctioni hujus legis locus non esset; cum quicquid quovis modo acquirat talis Socius, teneatur conferre.

(3) Recte fingi potest Socius pecuniam communem suo nomine fenerasse. Quamvis enim quandiu hæc pecunia extat, mutuum non consistat nisi pro parte quam in ea habebat; cum non plus ea parte potuerit alienare: tamen postquam ab eo qui eam accepit mutuam, fuerit bona fide consumpta, mutuum reconciliatur; nomenque ex ea pecunia contractum Socius qui eam suo nomine feneravit, habere incipit.

(4) Dices: atqui non debet retinere; nam hujus pecuniæ quam Socius in suos usus convertit, usuras Societati debet: ut modo videbimus. Nonne autem videtur eam in suos usus convertere, quum eam suo nomine fenerat? Respondeo hunc casum valde differre a cæteris casibus quibus Socius pecuniam communem in suos usus vertit. Nam hoc casu quo pecuniam communem suo nomine fenerat, periculum nominis suscipit, et propter usurarum commodum habere debet; cum æquum sit eum habere commodum, ad quem spectat periculum. Cæteris autem casibus quibus Socius hanc pecuniam in suos usus convertit; puta, quum eam insumit exsolvendo proprio æri alieno, ad alendam familiam, ad quasvis res sibi comparandas; hæc ratio cessat: nullum periculum in se suscipit; adeoque usuras pecuniæ quam ita impendit, præstare debet. Quapropter Græci rectissime notant quod pecuniam communem *suo nomine fenerari*, non est eam convertere in suos usus.

(5) Invadit communem pecuniam qui eam amovet animo hujus intervertendæ, animo defraudandi Socium parte quam in ea habet: valde hic differt ab eo qui hanc in suos usus convertit; uterque tamen debet usuras.

(6) Legendum *aut ea*, vel *aut cum ea*; ut recte observat Cujacius, Observ. XIII. 8. Et ita ratio contextus desiderare videtur; paulo post enim Jurisconsultus ait: *sed si aut usus..... non sit, aut moram non fecerit.*

(7) Scilicet lucri quod heres ipse fecisset. Cum enim ipse Socius non sit, illud non tenetur conferre.

non universorum bonorum Socii sunt, sed unius (1) rei; attamen in id quod (2) facere possunt, quodve dolo malo fecerint quominus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum Societas jus quodam modo fraternitatis in se habeat. *l.* 63. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Sed Quod de Sociis dictum est, ut hi in quantum facere possunt condemnentur, Causa cognita se facturum Prætor edicit. Causæ cognitio autem in hoc erit ut neganti se Socium esse, aut ex doli clausula obligato, non succurratur. *l.* 22. § 1. *ff. de Re jud.* Pompon. lib. 21. ad Q. Mucium.

Enimvero Non alias Socius in id quod facere potest, condemnatur, quam si confitetur se Socium fuisse. *l.* 67. § 3. Paul. lib. 32. ad Ed.

XLVII. Videndum est, an et fidejussori Socii id præstari debeat; an vero personale beneficium sit? Quod magis verum est.

Sed si hic fidejussor quasi (3) defensor Socii judicium susceperit, proderit sibi. Namque Julianus libro 14 Digestorum scripsit, Defensorem Socii in id quod Socius facere potest, condemnari oportere. Idemque et in patroni defensore accipere debere ait. At utique idem erit in universis qui in id quod facere possunt, conveniuntur. *sup. d. l.* 63. § 1.

Patri autem vel domino Socii, si jussu eorum Societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam: quia nec heredi Socii, cæterisque successoribus hoc præstabitur. Quia nec cæterorum heredibus et successoribus quos in id quod facere possunt convenimus, idem præstatur. *d. l.* 63. § 2.

XLVIII. *Jam vero* Id quod facere Socius potest, quemadmodum æstimandum sit?

1.° Et placuit non debere deduci æs alienum quod debetur a Socio. Ita et Marcellus libro 6 Digestorum scripsit; nisi forte, inquit, ex ipsa societate debeatur. *d. l.* 63. § 3.

2.° Tempus autem spectamus, quantum facere Socius possit, rei judicandæ. *d. l.* 63. § 6.

3.° Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit quominus possit. Nec enim æquum est dolum suum quemquam relevare. Quod et in cæteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. Si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit; dicendum est condemnari eum non debere. *d. l.* 63. § 7.

Illud quæritur: Utrum is demum facere videtur quominus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futuræ actionis; an et qui occasione acquirendi non utitur? Sed verius est de eo sentire Proconsulem, qui erogat bona sua. Idque ex interdictis colligere possumus: in quibus ita est; QUOD DOLO FECISTI, UT DESINERES POSSIDERE. *l.* 68. § 1. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

XLIX. *Unum superest* Videndum; an cautio (4) veniat in hoc judicium, ejus quod facere Socius non possit? scilicet nuda promissio. Quod magis dicendum arbitror. *sup. d. l.* 63. § 4.

De hoc beneficio ut quis non teneatur ultra quod facere potest, fusius agemus infra lib. 42. *Tit.* de Re judicata.

ARTICULUS IV.

Cum quibus actionibus concurrere soleat actio Pro Socio.

L. *Plerumque concurrit actio* Pro Socio *cum actione* Communi dividundo.

Nam Si tecum Societas mihi sit, et res ex Societate communes; quam impensam in ea fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis, vel Pro Socio, vel Communi dividundo, me consecuturum: et altera actione alteram tolli (5), Proculus ait. *l.* 38. § 1. Paul. lib. 6. ad Sabin.

Hoc quomodo sit accipiendum, docet Ulpianus. Ita ille: Si actum sit Communi dividundo, non tollitur Pro Socio actio; quoniam PRO SOCIO

(1) Obstare videtur lex 16. ff. *de Re jud.* in qua dicitur: *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur..... qui* Pro Socio *conveniuntur: Socium autem omnium bonorum, accipiendum est.* Sic vulgo conciliari solet, ut dicatur ultimam hanc phrasim *Socium autem omnium bonorum*, glossema esse quod expungendum est: vel, si non expungatur, subaudiendum esse *maxime*, ut sensus sit; Socios omnium bonorum maxime debere gaudere hoc privilegio, non tamen cæteros Socios excludi. Alii dicunt, ibi recenseri eos qui semper hoc beneficium habent; cæteri autem Socii non semper habent, cum inter ipsos aliæ quam Pro Socio actiones possint competere in quibus hoc privilegio non fruuntur. Ita D. Schulting. Denique dici potest Ulpianum, qui hic ex Sabini sententia hoc beneficium ad omnes Socios porrexerat, postea sententiam mutasse et illud beneficium intra solos omnium bonorum Socios conclusisse: cum hæc sola Societatis species vere adumbret fraternitatem qua hoc beneficium nititur.

(2) Hi dicuntur condemnari *in id quod facere possunt*, qui non condemnantur nisi in id quod possunt præstare, servando quod sibi ad victum necesse est.

(3) Scilicet si ipse fidejussor conventus non sit; sed quum Socius conventus esset, ille quasi Socii defensor judicium susceperit.

(4) Hæc nimirum, ut caveat se soluturum si quando facere posse cœperit.

(5) Eo sensu ut quod una actione consecutus sum, non possim amplius per alteram actionem consequi; non vero eo sensu ut ab altera actione penitus summovear, si quædam in ea veniant quæ veniebant in illa qua prius egi.

et nominum rationem habet (1), et adjudicationem non admittit. Sed si postea Pro Socio agatur; hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est. *l.* 43. LIB. 28. AD ED.

LI. *Item aliquando concurrit hæc actio* Pro Socio *cum* Legis Aquiliæ *actione.*

Nam Si damnum in re communi Socius dedit; Aquilia teneri eum, et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt. *l.* 47. § *fin.* ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Sed nihilominus et Pro Socio tenetur (*l.* 48. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.): Si hoc facto Societatem læsit; si verbi gratia negotiatorem servum vulneravit, vel occidit. *l.* 49. ULPIAN. LIB. 31. AD ED.

Sed actione Pro Socio consequitur, ut altera actione contentus esse (2) debeat. Quia utraque actio ad rei persecutionem respicit: non, ut Furti, ad pœnam (3) duntaxat. *l.* 50. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

LII. *Concurrit etiam interdum actio* Pro Socio *cum actione* Furti *et* Condictione furtiva.

Nam Rei communis nomine, cum Socio, Furti agi potest; si per fallaciam dolove malo amovit, vel rem communem celandi animo contrectet: sed et Pro Socio actione obstrictus est; nec altera actio alteram tollet (4). Idemque in omnibus bonæ fidei judiciis dicendum est. *l.* 45. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Idem est et in colono, et in eo qui negotia gerit, et qui mandatum nostrum exsequitur, et in tutore. *l.* 46. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit Pro Socio actio (5); nisi si pluris mea intersit. *l.* 47. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Illud nota quod Merito adjectum est; ita demum Furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit: quia, quum sine dolo malo fecit, Furti non tenetur. Et sane plerumque credendum est, eum qui partis dominus est, jure potius suo re uti, quam furti consilium inire. *l.* 51. IBID.

Et ideo videbimus, an Fabia (6) teneatur? Et ratio quidem facit, ne teneatur. Verum si plagium (7) fecit, vel suppressit, Fabia teneri. *d. l.* 51. § 1.

LIII. *Item interdum concurrit actio* Pro Socio *cum Condictione ex Lege Divi Marci, de qua Papinianus ita* Respondit: Socios qui cessantis cessantiumve portiones insulæ (8) restituerit; quamvis aut sortem cum certis (9) usuris intra quatuor menses postquam opus refectum erit, recipere (10) potest (exigendoque privilegio (11) utetur); aut deinceps (12) propriam rem habebit: potest tamen Pro Socio agere, ad hoc ut consequatur quod sua intererat. Finge enim malle eum magis suum consequi, quam dominium insulæ. Oratio enim Divi Marci idcirco quatuor mensibus finit certas usuras, quia post quatuor dominium dedit. *l.* 52. § 10. ULP. LIB. 31. AD ED.

SECTIO IV.

Quibus modis solvitur Societas.

LIV. *Hos ita enumerat Modestinus*: Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione, et egestate. *l.* 4. § 1. LIB. 3. REG.

Plenius autem Ulpianus: Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit; distrahi videtur Societas. *l.* 63. § 10. LIB. 31. AD ED.

(1) Altera actio non debet alteram consumere; quia quædam veniunt in actione *Pro Socio*, quæ non veniunt in actione *Communi dividundo*. V. G. Nomina si quæ fecit unus ex Sociis, veniunt in actione *Pro Socio*; scilicet ut Sociis pro parte quam in Societate habent, actiones præstare teneatur. In actione vero *Communi dividundo* nomina non veniunt: nam judicium *Communi dividundo* non redditur nisi de rebus communibus; atqui non potest fingi nomen quod sit proprie commune. Aut enim Socius proprio nomine credidit; et patet hoc casu nomen esse ipsi proprium, non commune: aut Societatis nomine pecunia credita est; et nec hoc casu nomen commune est, sed partes hujus nominis ipso Jure divisas unusquisque Socius habet; V. G. si centum ita credita sint, unusquisque ipso Jure creditor est in quinquaginta.

Vice versa quædam veniunt in actione *Communi dividundo*, quæ non veniunt in actione *Pro Socio*: scilicet in judicio *Communi dividundo* fiunt adjudicationes, quas actio *Pro Socio* non admittit.

(2) Nisi tamen quid plus sit in actione qua posteriori loco ageret: hoc enim casu posset eo, deducto eo quod jam ex priori actione consecutus est, agere; ut videb. infra lib. 44. Tit. *de Oblig. et action.* Part. 2. Sect. 3. § 3.

(3) Cum bona fides non patiatur ut bis idem exigatur; necesse est, duarum actionum quæ idem persequuntur, alteram ab altera consumi: secus esse debet quum diversa persequuntur. Hinc est quod actio *Furti* quæ meram pœnam continet, actionem *Pro Socio* et cæteras actiones rei persecutorias non consumit; nec ab his consumitur.

(4) Vid. N. præced.

(5) Utraque enim est rei persecutoria, utraque idem persequitur.

(6) Quæ Lex Fabia adversus Plagiarios lata est, qui homines supprimunt.

(7) Si evidenter apparet eum habuisse animum admittendi plagii.

(8) Id est, qui cessantibus Sociis communem insulam ruinosam restauraverit.

(9) Puto pro *certis*, legendum esse *centesimis*: arg. l. 4. Cod. *de Ædif. privat.* et juxta aliorum codicum fidem.

(10) Scilicet *Condictione* ex Lege D. Marci.

(11) Nota hanc Condictionem ex Lege D. Marci privilegium habere quo is qui in refectionem impendit, omnibus aliis creditoribus præfertur.

(12) Id est, exactis quatuor mensibus. Nam ex eadem Lege D. Marci, partes cessantium ei qui refecit addicuntur, nisi qui cessaverunt, ei qui refecit restituant pro portione sua impensam intra quatuor menses.

§ 1. *Quomodo* Ex personis *solvatur Societas.*

LV. Ex personis *solvitur Societas, interitu personarum quæ Societatem contraxerint.*

Intereunt autem homines maxima aut media capitis diminutione, aut morte. *d.* § 10.

LVI. 1.º *Igitur* Morte unius Socii Societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero (1) supersint : nisi in coeunda Societate aliter (2) convenerit. Nec heres Socii succedit. *l.* 65. § 9. PAUL. LIB. 31. AD ED.

Et Adeo morte Socii solvitur Societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat Societati. *l.* 59. POMPON. LIB. 12. AD SABIN.

Item Ulpianus: Nemo potest Societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres Socius sit. *l.* 35. LIB. 30. AD SABIN.

Similiter Papinianus Respondit, Societatem non posse ultra mortem porrigi. Et ideo (3) nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit, vel cognatum (4) ulteriorem proximioribus præferre. *l.* 52. § 9. ULP. LIB. 32. AD ED.

LVII. *Pomponius*, Hæc ita in privatis Societatibus, ait.

In Societate *autem* vectigalium nihilominus manet Societas et post mortem alicujus (5) : sed ita demum si pars defuncti ad personam heredis ejus ascripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat. Quod ipsum (6) ex causa æstimandum est. Quid enim si is mortuus sit, propter cujus operam maxime Societas coita sit : aut sine quo Societas administrari non possit? *sup. d. l.* 59. ¶ *hæc ita.*

LVIII. *Quod diximus morte Socii solvi Societatem, hanc limitationem recipit : scilicet* Si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res de qua Societatem coierunt (7); tunc eadem distinctione utemur, qua in Mandato : ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat Societas; si nota, non valeat. *l.* 65. § 10. ¶ *quod si.* PAUL. LIB. 32. AD ED.

LIX: *Morte quidem Socii solvitur Societas, et heres in ipsam Societatem non succedit. Cæterum in omne jus Socii quod ex ante gesto pendet, succedit.*

Hinc Si in rem certam emendam conducendamve coita sit Societas; tunc etiam post alicujus mortem quidquid lucri detrimentive factum sit (8), commune esse Labeo ait. *d. l.* 65. § 2.

Ergo Quod ex re communi postea quæsitum est, item dolus et culpa in eo quo ex ante gesto pendet, tam ab herede quam heredi præstandum est. *d. l.* 65. § 9. ¶ *sed quod.*

Item Heres Socii quamvis Socius non est : tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent. In quibus dolus ejus admitti potest. *l.* 40. POMPON. LIB. 17. AD SABIN.

Illud denique observandum est quod, quamvis ad heredem Socii non transeat Societas; Plane si hi qui Sociis heredes extiterint, animum inierint Societatis in ea hereditate : novo consenso, quod postea gesserint, efficitur, ut in PRO SOCIO actionem deducatur. *l.* 37. POMPON. LIB. 13. AD SABIN.

(1) Nam nec inter eos qui supersunt, manet.

(2) Scilicet ut inter superstites duraret Societas.

(3) Legendum videtur, *ideo quia*. Et forte ita scripserat Jurisconsultus : siglorum autem similitudine lectum est *ideoque*, unde factum et *ideo*. Ut ut sit, sensus est *Societatem ideo ultra mortem non porrigi*, quia *nec libertatem*, *etc.*

Et ideo ultra mortem non porrigitur, quia *nec libertatem, etc.* Nimirum ut conventio illa qua pacisceremur Societatem quam tecum contraxi eam herede tuo perseveraturam, posset valere; oporteret ut certum esset quis tibi heres futurus sit; nec enim Socius meus esse potest nisi certa persona quam mihi Socium esse consensi. Atqui non potest certum esse quis tibi heres futurus sit; nec enim supremi judicii tui libertatem ita constringere potes, ut certam personam tibi heredem instituas, quam postea mutare non liceat; ergo conventio de qua quæritur, non potest valere.

(4) Sensus est; non magis quis potest astringi ut certam personam ex testamento sibi heredem habeat, quam posset efficere ut in legitima hereditate ulterior cognatus proximiori præferretur. Nam æque est ex substantia testamentariæ hereditatis, ut is heres si quem necesse non habeat quis heredem instituere; sicut ex substantia legitimæ hereditatis est, ut proximiori deferatur.

(5) Supple : Ita ut etiam heres defuncti in Societatem succedat; *sed ita demum, etc.*

Igitur 1.º In Societate vectigalium, uno defuncto, manet Societas inter superstites; et quidem ipso Jure citra ullam conventionem. Et in hoc [inquit Janus a Costa, ad *Instit.* § 5. h. t.] consistit prima differentia hujus Societatis a cæteris Societatibus; quæ [ut supra dictum est] morte unius Socii solvuntur, nec durant inter superstites nisi ita convenerit. 2.º Quinetiam in Societate vectigalium, heres defuncti in Societatem succederet : *sed ita demum, si* hæc lex Societati dicta sit ut pars defuncti ipsi ascriberetur; id est, ut in Societatem in parte defuncti succederet. Valet enim hæc conventio in Societate vectigalium. Et hæc est secunda differentia in qua differt a cæteris Societatibus in quibus talis conventio non admittitur; ut supra dictum est. Vid. Janum-a-Costa d. loco. Cæterum [ut observat. D. Schultingius] quamvis ex speciali lege hujus Societatis, possit defuncti heres cogere Socios ut ipsum adsciscant in Socium pro parte defuncti, et vicissim ipse ab eis cogi possit; non tamen fit ipso Jure Socius, sed quum fuerit adscitus : l. 63. § 8. supra N. 32.

(6) Hoc utrumque *Ex causa* æstimandum est; Utrum durare debeat Societas, ut pars defuncti ascribi heredi. Possunt enim esse justæ causæ cur neutrum fieri debeat. Puta, si [ut statim subjicitur] is defunctus sit cujus opera necessaria erat Societati; hoc casu nec durare debet Societas inter superstites. Item possunt esse causæ cur manente Societate pars defuncti non debeat ascribi; puta, quia non est idonea persona.

(7) Puta : duo coierunt Societatem ad rem emendam. Uno ex his mortuo, alter qui mortem ignoraI, rem emit : valebit Societas, poteruntque Socius superstes et heres Socii mortui invicem agere *Pro Socio;* quasi emptio facta esset vivo Socio.

(8) Ex ea re.

LX. *Hactenus de morte Socii.*

2.° *Pariter solvitur Societas capitis diminutione Socii maxima aut media.*

Hinc Publicatione quoque distrahi Societatem diximus. Quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si Socii bona publicentur. Nam cum in ejus locum alius (1) succedat, pro mortuo habetur. *sup. d. l.* 65. § 12.

LXI. *Minimæ autem capitis diminutione non solvitur.*

Quocirca Si filiusfamilias Societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit: apud Julianum quæritur an eadem Societas duret, an vero alia sit, si forte post emancipationem in Societate duratum est? Julianus scripsit libro 14 Digestorum, eamdem Societatem durare: initium enim in his contractibus inspiciendum. Duabus autem actionibus agendum esse, una adversus patrem, altera adversus filium: cum patre, de eo cujus dies ante emancipationem cessit; nam ejus temporis quo post emancipationem Societas duravit, nihil præstare patrem oportet; cum filio autem, de utroque tempore, id est, de tota Societate. Nam et si quid, inquit, Socius filii, post emancipationem filii, dolo fecerit; ejus, non patri sed filio actio danda est. *l.* 58. § 2. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Similiter nec adrogatione Socii solvetur Societas, non tamen ad adrogatorem transibit. Hoc docet Paulus: Societas quemadmodum ad heredes Socii non transit, ita nec ad arrogatorem, ne alioquin invitus quis Socios efficiatur cui non vult. Ipse autem adrogatus Socius permanet. Nam et si filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit Socius. *l.* 65. § 11. lib. 65. ad Ed.

Aliud in servo: nam cum personam non habeat, nec nisi ex persona domini Socius esse possit, sequitur quod hujus manumissione aut alienatione solvatur Societas.

Hoc docet Ulpianus: Si servus meus Societatem cum Titio coierit, et alienatus in eadem permanserit, potest dici alienatione servi et priorem Societatem finitam, et ex integro alteram inchoatam (2); atque ideo et mihi et emptori actionem Pro Socio competere. Item tam adversus me quam adversus emptorem, ex his causis quæ ante alienationem inciderunt, dandam (3) actionem; ex reliquis, adversus emptorem solum. *l.* 58. § 3. lib. 31. ad Ed.

§ 2. *Quomodo solvatur Societas* Ex rebus.

LXII. Ex rebus *solvitur Societas; quum res quarum Societas contracta est, intereunt.*

Res vero *intereunt*, quum aut nullæ relinquantur, aut conditionem mutaverint. Neque enim ejus rei quæ jam nulla sit, quisquam Socius est; neque ejus, quæ consecrata publicatave sit. *l.* 63. § 10. ¶ *res vero.* Ulpian. lib. 31. ad Ed.

Huc pertinet quod solvitur Societas egestate unius Socii. Nam Bonis a creditoribus venditis unius Socii, distrahi Societatem Labeo ait. *sup. d. l.* 65. § 1.

LXIII. *Huc etiam pertinet quod* Si alicujus rei Societas sit, et finis negotio impositus; finitur Societas. *d. l.* 65. § 10.

§ 3. *Quomodo solvatur Societas* Ex volontate.

LXIV. Voluntate distrahitur Societas, renuntiatione. *sup. d. l.* 63. § 10. ¶ *fin.*

Et quidem renuntiatione unius ex Sociis etiam altero invito; modo tamen 1.° *bona fide facta sit.*

Ita Paulus: Diximus dissensu solvi Societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. Quid ergo si unus renuntiet? Cassius scripsit, Eum qui renuntiaverit Societati, a se quidem liberare Socios suos, se autem ab illis non liberare. Hoc utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit: veluti si quum omnium bonorum Societatem iniissemus, deinde quum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit ideoque si quidem damnum attulerit hereditas; hoc ad eum qui renuntiavit, pertinebit; commodum autem communicare cogetur actione Pro Socio. Quod si quid post renuntiationem acquisierit, non erit communicandum: quia nec dolus admissus est in eo. *sup. d. l.* 65. § 3.

Item si Societatem ineamus ad aliquam rem emendam: deinde solus volueris eam emere; ideoque renuntiaveris Societati, ut solus emeres; teneberis quanti interest mea. Sed si ideo renuntiaveris quia emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emero: quia hic nulla fraus est. Eaque et Juliano placent. *d. l.* 65. § 4.

LXV. 2.° *Debet etiam renuntiatio, ut renuntiantem a Societate liberet, esse tempestive facta. An autem intempestive facta censenda sit, non ex eo quod Socii, sed ex eo quod Societatis intersit, æstimatur.*

Hoc docet Paulus. Ita ille: Labeo Posteriorum libris scripsit, Si renuntiaverit Societati unus ex Sociis eo tempore quo interfuit Socii non dirimi Societatem; committere eum in Pro Socio actionem. Nam si emimus mancipia, inita Societate, deinde renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit; hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te Pro Socio judicio.

Proculus hoc ita verum esse, si Societatis [non (4)] intersit non dirimi Societatem. Semper enim, non id quod privatim interest unius ex Sociis, servari solet; sed quod Societati expedit.

(1) Fiscus Scilicet.

(2) Scilicet, si novus consensus intervenit.

(3) *De Peculio*, quæ dabitur intra annum adversus venditorem, et perpetuo adversus emptorem: ut vid. supra lib. 15. Tit. *de Pecul.*

(4) Hæc negatio male irrepsit in lectione Florentina, et est expungenda.

Hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda Societate (1) convenit. *d. l.* 65. § 5.

De intempestiva renuntiatione adhuc ita Paulus : Item qui Societatem in tempus coit, ei ante tempus renuntiando, Socium a se, non se a Socio liberat. Itaque, si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert; at si dispendium, æque præstabit portionem : nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. Quod si tempus finitum est, liberum est recedere : quia sine dolo malo id fiat. *d. l.* 65. § 6.

LXVI. Renuntiare *autem* Societati etiam per alios possumus. Et ideo dictum est, procuratorem quoque posse renuntiare Societati. Sed utrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est; an de eo cui hoc ipsum nominatim mandatum est, videamus: an vero per utrumque recte renuntietur? Quod est verius, nisi si prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare. *d. l.* 65. § 7.

LXVII. *Item quæritur cui renuntiari possit? An soli Socio; an ejus procuratori?*

Scriptum est, posse procuratori quoque meo Socium meum renuntiare. Quod Servius apud Alfenum ita notat; Esse in potestate domini, quum procuratori ejus renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem. Igitur is cujus procuratori renuntiatum est, liberatus esse videbitur, An autem ipse quoque qui renuntiavit procuratori, liberetur; in potestate ejus erit : quemadmodum diximus in eo qui Socio (2) renuntiat. *d. l.* 65. § 8.

Consonat quod Paulus alibi ait : Si absenti renuntiata Societas sit; quoad is scierit, quod is acquisivit qui renuntiavit, in commune redigi, detrimentum autem solius ejus esse qui renuntiaverit : sed quod absens acquisiit, ad solum eum pertinere; detrimentum ab eo factum, commune esse. *l.* 17. § 1. LIB. 6. AD SABIN.

Curator autem furiosi renuntiare, et ei renuntiari potest : ut constituit Justinianus in l. fin. Cod. h. t.

LXVIII. *Circa renuntiationem quærendum superest, an utile sit pactum ne quis renuntiet Societati? De eo pacto, necnon de illo quo conveniret ne intra certum tempus res communis divideretur, ita Ulpianus :* Si convenerit inter Socios ne intra certum tempus communis res dividatur; non videtur convenisse ne Societate abeatur.

Quid tamen si hoc convenit, ne abeatur? An valeat? Eleganter Pomponius scripsit, frustra hoc convenire. Nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuntietur Societati, esse Pro Socio actionem. *l.* 14. LIB. 30. AD SABIN.

Vice versa, Sed et si convenit ne intra certum tempus Societate abeatur, et ante tempus renuntietur; potest rationem habere renuntiatio : nec tenebitur Pro Socio, qui ideo renuntiavit quia conditio quædam, qua Societas erat coita, ei non præstatur. Aut quid, si ita injuriosus et damnosus Socius sit, ut non expediat eum pati (*d. l.* 14.)? Vel quod ea re frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta sit. *l.* 15. POMPON. LIB. 13. AD SABIN.

Idemque erit dicendum, si Socius renuntiaverit Societati, qui Reipublicæ causa diu et invitus sit abfuturus; quamvis nonnunquam ei objici possit, quia potuit et per alium Societatem administrare, vel Socio committere. Sed hoc non alias nisi valde sit idoneus Socius, aut facilis abfuturo etiam per alium Societatis administratio. *l.* 16. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Pactum vero ne intra certum tempus dividatur, utile est : Hinc subjicitur : Qui igitur paciscitur ne dividat, nisi aliqua justa ratio intercedat, nec vendere poterit, nec alia ratione efficiet ut dividatur; sed sane potest dici venditionem quidem non impediri, sed exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante dividat quam divideret is qui (3) vendidit. *d. l.* 16. § 1.

Sed et Socius qui alienaverit, contra pactionem committit; et tenetur Societatis aut Communi dividundo judicio. *l.* 17. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Ex dictis liquet quod : In Societate coeunda nihil attinet de renuntiatione cavere eumdem : quia ipso Jure Societatis intempestiva renuntiatio in æstimationem venit. *d. l.* 17. § 2.

LXIX. *Hactenus de renuntiatione. Si autem ea, bona fide et tempestive facta, solvitur Societas : multo magis communi consensu; et quidem vel tacito.* Itaque quum seperatim Socii agere cœperunt, et unusquisque eorum sibi negotietur; sine dubio jus Societatis dissolvitur. *l.* 64. CALLISTRATUS LIB. 1. QUÆST.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Tandiu Societas durat, quandiu consensus partium integer perseverat. Proinde si jam tibi Pro Socio nata est actio : eam inferre apud eum cujus super ea re notio est, non prohiberis. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Unius autem voluntate alteri non renuntiata, non solvitur Societas.

Hinc Si servus Societatem coierit : non sufficiet, si jubeatur a domino servus abire a Societate, sed Socio renuntiandum est. *l.* 18. POMP. LIB. 13. AD SABIN.

(1) Id est, ut Cujacius post Græcos interpretatur; si non specialiter convenit ut haberem actionem *Pro Socio* vel ex eo solo quod mea interesset Societatem non solvi; quamvis nihil interesset ipsius Societatis.

(2) Intempestive scilicet vel dolose. Vid. supra N. 64. et 65.

(3) Vid. l. 14. § 3. ff. *Com. divid.*

§ 4. *Quomodo solvatur Societas* Ex actione.

LXX. *Societas* Actione distrahitur; quum aut stipulatione (1), aut judicio (2) mutata sit causa Societatis. Proculus enim ait, Hoc ipso quod judicium ideo dictatum est ut Societas distrahatur, renuntiatam Societatem: sive totorum bonorum, sive unius rei Societas coita sit. *l.* 65. PAUL. LIB. 32. AD ED.

(1) Id est, novatione quæ fit per stipulationem: nec enim Socii obligationem Societatis novant, nisi quum volunt a Societate discedere.

(2) Scilicet quum agitur de deputandis ac reddendis universis rationibus Societatis; qua actione Socii agere non solent, nisi quum volunt a Societate discedere.

LIBER DECIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

DE CONTRAHENDA EMPTIONE (ET VENDITIONE); ET DE PACTIS INTER EMPTOREM ET VENDITOREM COMPOSITIS; ET QUÆ RES VÆNIRE NON POSSUNT.

ORDINATOR *Pandectarum in hoc libro pergit agere de contractibus qui solo consensu perficiuntur; ex quorum numero est contractus* Emptionis-venditionis.

I. EMPTIO-VENDITIO *est contractus quo alter alteri rem pro domino habere licere præstaturum se promittit, alter alteri pretium dare vicissim obligatur.*

Origo emendi vendendique a Permutationibus cœpit. Olim enim non [ita (1)] erat nummus; neque aliud Merx, aliud Pretium vocabatur; sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat; quando plerumque evenit ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles; electa materia est cujus publica ac perpetua (2) æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis subveniret: eaque materia forma (3) publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia (4) præbet, quam ex quantitate. Nec ultra MERX utrumque; sed alterum, PRETIUM vocatur. *l.* 1. PAUL. LIB. 33. AD ED.

Quæ specialiter de hoc contractu in hoc Titulo traduntur, duabus Sectionibus concludemus. Prima erit, de his quæ ad hujus contractus substantiam pertinent: Altera, de his quæ huic contractui accidentalia sunt.

Plurima alia quæ occasione Emptionis-venditionis hic congesserunt Pandectarum ordinatores circa modum acquirendi rerum dominii per Traditionem, remittimus infra ad lib. 41. *Tit.* de Acq. rer. domin.

De his vero quæ pertinent ad actionem quæ ex contractu Emptionis-venditionis nascitur; erit proprius Titulus de Actionibus Empti, *libro seq.*

SECTIO I.

De his quæ ad contractus emptionis et Venditionis substantiam pertinent.

II. Est autem Emptio Juris Gentium: et ideo (5) consensu peragitur, et inter absentes (6) contrahi potest, et per nuntium, et per litteras. *d. l.* 1. § 2.

Quinetiam vel tacito consensu contrahitur. Hinc Quidam ex parte dimidia heres institutus, universa prædia vendidit; et coheredes pretium acceperunt. Evictis his, quæro an coheredes Ex Empto actione teneantur; Respondi, Si coheredes præsentes adfuerint, nec dissenserunt; videri unumquemque partem suam vendidisse (7). *l.* 12. *ff. de Evict.* SCÆVOLA LIB. 2. RESPONS.

III. *Quamvis solo consensu perficiatur Emptio-venditio; tamen, si in contrahendo convenit ut contractus in scripta redigeretur, voluit Justinianus præsumi contrahentium voluntatem fuisse ut non prius perfectus esset contractus* (8) *quam instrumentum fuerit numeris omnibus absolutum. Quod non solum in Emptione et Venditione, sed et in aliis contractibus (puta, Permutationibus Transactionibus, Donationibus) observari voluit. l.* 17. *Cod.* de Fid. instrum.

Consensus autem ille quo peragitur Emptio: ver-

(1) Hæc vox *ita* videtur abundare.

(2) Nummi æstimatio dicitur *Publica*, quia publica auctoritate certam æstimationem nummus recipit. *Perpetua* dicitur, quia hæc æstimatio ex privatorum arbitrio varietatem accipere non potest; quamvis publica auctoritate mutari possit.

(3) *Forma* nummi auctoritate publica constituitur: et hæc forma, est index æstimationis quæ in nummo spectatur.

(4) Sensus est: in usu nummi non tam ipsa substantia seu ipsum nummi corpus spectatur, quam quantitas seu æstimatio. Et qui nummorum dominus est; non tam ipsorum corporum dominus dicitur, quam quantitatis seu æstimationis quæ ex publica auctoritate nummis inest.

(5) Sensus est: in Emptione solum Jus Gentium servatur: ideo consensu quem solum hoc Jus desiderat, perficitur; nullasque solemnitates a Jure Civili mutuatur.

(6) Nullas enim verborum solemnitates desiderat, ut Stipulatio.

(7) Tacito consensu, qui ex ipsorum præsentia colligitur.

(8) Quanquam et hoc casu, solo adhuc consensu perficitur: sed sub hac conditione ut non intelligatur plene declaratus consensus, quam post scripturam numeris omnibus perfectam; ut recte observat D. Schulting. *Thes. contros.* Decad. 36. Thes. 2.

satur circa rem et pretium. Igitur tria duntaxat substantiam contractus Emptionis-venditionis constituunt; scilicet Res *quæ væneat;* Pretium *quod pro ea re constituatur; et* Consensus *super re et pretio: de quibus, singulis Articulis dispiciendum.*

ARTICULUS I.

De re quæ væneat.

Videndum 1.° *Quam sit ad substantiam contractus* Emptionis-venditionis *necessaria res quæ væneat;* 2.° *Quæ, et cujus res vendi possint necne.*

§ I. *Quam sit ad substantiam contractus necessaria res quæ veneat.*

IV. Nec Emptio nec Venditio sine re quæ væneat, potest intelligi. *l.* 8. Pompon. lib. 9. Sabin.

Igitur Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante Venditionem esse desierat; nulla Venditio est. *l.* 15. Paul. lib. 5. ad Sabin.

Unde Paulus Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva, Sabinus, Cassius, nihil vænisse putant, quamvis area (1) maneat; pecuniamque solutam condici posse aiunt.

Sed si pars domus maneret; Neratius ait, in hac quæstione multum interesse quanta pars domus incendio consumpta permaneat: ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur Emptor perficere Emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est, repetet (2); sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est Emptor Venditionem adimplere (3); æstimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur. *l.* 57. Paul. lib. 5. ad Plaut.

Sin autem Venditor quidem sciebat domum esse exustam, Emptor ignorabat; nullam Venditionem stare, si tota (4) domus ante Venditionem exusta sit: si vero quantacumque pars ædificii remaneat; et stare Venditionem, et Venditorem Emptori quod interest restituere. *d. l.* 57. § 1.

Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi Emptor quidem sciebat, Venditor autem ignorabat. Et hic enim oportet et Venditionem stare; et omne pretium ab Emptore Venditori, si non depensum est, solvi; vel, si solutum sit, non repeti (5). *d. l.* 57. § 2.

Quod si uterque sciebat et Emptor et Venditor, domum esse exustam totam vel ex parte; nihil actum fuisse: dolo inter utramque partem compensando; et judicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, Venditionem stare non concedente. *d. l.* 57. § *fin.*

His quæ ex Paulo retulimus, consonat quod ait Papinianus.

Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne, dictum est Emptionem fundi non videri esse contractam; si contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparabatur: sive sciente, sive ignorante Venditore.

Sive (6) autem Emptor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum; hæc obtinent quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt. *l.* 58. Papin. lib. 10. Quæst.

V. *Quid si duæ res vænierint, quarum una jam ante Venditionem interierat? Si probabile sit Emptorem, si scisset, alteram seorsim non fuisse empturum; in neutra re Emptio valebit: Et hoc facile præsumitur, quum uno pretio utramque emit.*

Hinc Si quis duos servos emit pariter uno pretio, quorum alter ante Venditionem mortuus est; nec in vivo consistet Emptio (7). *l.* 44. Marcian. lib. 3. Regular.

VI. *Vidimus non posse stare Venditionem rei, si, quum vænit, jam existere desierit, quasi non fuerit res quæ væniret. Idem dici non potest, si quid nondum quidem existebat quum vænit, sed extiturum sperabatur, et postea extitit.*

Unde Pomponius: Et tamen fructus et partus futuri recte ementur: ut, quum editus esset partus, jam tunc quum contractum esset negotium, Venditio facta intelligatur. *l.* 8. § *et tamen.* lib. 9. ad Sabin.

Obiter nota: Sed si id egerit Venditor ne

(1) Vid. Not. seq.

(2) Hoc enim casu magis reliquias rei de qua emendavendenda consensum est, extitisse censendum est, quam ipsam rem: adeoque Venditio non valet, cum fuerit rei quæ jam non existebat.

(3) Intelligitur enim hoc casu extitisse res, quamvis imminuta.

(4) Nec enim res fuit quæ væniret. Sed nonne dici debet hoc casu, etsi proprie non sit Venditio, cum nulla sit res quæ vaneat, tamen propter dolum Venditoris nasci obligationem *Empti* [quemadmodum nascitur quum liber homo aliave res quæ vendi non potest, a Venditore sciente venditur; ut videb. infra N. 14.]; adeoque hic male distingui, an pars duntaxat domus an tota non extitisset? Hac ratione motus D. Noodt censet hunc § non esse Pauli, sed esse hic interpolatum ab aliquo imperito homine.

(5) Est quidem Juri consentaneum ut non repetat; quia sciens solvit. Ferre autem non potest D. Noodt, ut omne pretium hoc casu possit exigi: nam si qui eam rem quæ vendi non potest [puta, rem furtivam] sciens emit, pretium non debet nisi ei tradita fuerit [ut videb. infra N. 16.] quare in hac specie totum pretium debebit, cum tota res ei non præstetur; quamvis scierit non posse præstari totam? Hac ratione motus D. Noodt vult etiam hunc § expungi tanquam non sit Pauli, sed hic ab imperito homine interpolatus.

(6) Hæc quoque Papiniano esse interpolata, evidens esse existimat D. Noodt.

(7) Certe non consistet in mortuo, cum quoad eum defuerit res quæ væniret: sed nec in vivo consistet, quia quoad hunc deest consensus, cum emptor alterum sine altero emere noluerit.

nascantur aut fiant; Ex Empto agi posse (1). *d. l.* 8.

VII. *Cum rei quæ extitura est, licet nondum existat, Venditio valeat; ergo juris alicujus constituendi Venditio valet.*

Hinc V. G. Hujus rei Emptionem posse fieri dixi; Quæ ex meis ædibus in tuas ædes projecta sunt, ut ea mihi ita habere liceat; deque ea re, Ex Empto agi. *l.* 80. § 1. Labeo lib. 5. posteriorum a Javoleno Epitomatorum.

VIII. *Quinetiam regulæ quam statuimus Venditionem esse non posse sine re quæ væneat, non adversatur quod* Aliquando tamen et sine re (2) Venditio intelligitur: veluti quum quasi alea emitur. Quod fit quum captus piscium vel avium vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit (3); quia Spei Emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex Empto obligatio contrahitur; quia id actum intelligitur. (4) *sup. d. l.* 8. § 1.

§ 2. *Quæ res vendi possint necne.*

IX. Omnium rerum quas quis habere, vel possidere, vel persequi (5) potest, Venditio recte fit. Quas vero natura vel Gentium Jus, vel mores civitatis, commercio exemerunt, earum nulla Venditio est. *l.* 34. § 1. Paul. lib. 33. ad Ed.

Et tam jura quam res corporales vendi possunt. V. G. recte venditur ususfructus. Cæterum Quum usumfructum mihi vendis, interest utrum jus utendi-fruendi quod solum tuum sit vendas; an vero in ipsum corpus quod tuum sit, usumfructum mihi vendas. Nam priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit; heredi autem meo debebitur, si tu vivis (6): posteriore casu, heredi meo nihil debebitur; heres tuus debebit. *l.* 8. § 2. *ff. de Peric. et comm. rei vend.* Idem.

X. *Cum res quæ non sunt in commercio, vendi non possint: hinc* Liberum hominem scientes (7) emere non possumus (8).

Sed nec talis Emptio aut stipulatio admittenda est, Quum servus erit; quamvis diximus futuras res emi posse Nec enim fas est ejusmodi casus expectare. *l.* 34. § 2. Paul. lib. 33. ad Ed.

Pariter Celsus filius ait, Hominem liberum scientem te emere non posse; nec cujuscumque rei (9), si scias alienationem non esse, ut sacra et religiosa loca; aut quorum commercium non sit, ut publica quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur; ut est Campus Martius. *l.* 6. Pomp. lib. 9. ad Sabin.

XI. *Quod diximus sacra et religiosa vænire non posse intellige, si principaliter væneant: nam cum loco profano cui cohærent vendi possunt.*

Unde ait Ulpianus, Hanc legem Venditionis, Si quid sacri vel religiosi est, ejus vænit nihil, supervacuam non esse (10); sed ad (11) modica loca pertinere.

Cæterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum vænierit, nullam esse Emptionem. *l.* 22. Ulp. lib. 28. ad Sabin.

Et quod solverit eo nomine Emptor, condicere potest. *l.* 23. Paul. lib. 5. ad Plaut.

In modicis autem, ex Empto esse actionem (12); quia non specialiter locus sacer vel religiosus vænit, sed Emptioni majoris partis accessit. *l.* 24. Ulp. lib. 28. ad Sabin.

Ita tamen religiosa loca cum universitate fundi vænire intelliguntur, si ita in fundo sint ut nullum ex publico aditum habeant.

Hinc ita Labeonem arguit Paulus. Labeo ait: Si eum fundum vendidisti in quo sepulcrum habuisti, nec nominatim tibi sepulcrum recepisti, parum habes eo nomine cautum. Paulus: Minime, si

(1) Perinde est enim ac si nati essent, cum per eum steterit quominus nascerentur: l. 161. *de Reg. jur.*

(2) Scilicet, *sine re* physice existente; at non sine aliquo quod saltem intellectu concipi possit, tanquam existens. Vid. Not. seq.

(3) Hac in re differt hæc Venditio a Venditione partus futuri aut fructuum futurorum; quæ ita valet, si partus fructusve nascantur. Quomodo ergo hæc species non adversatur regulæ, *Venditionem esse non posse sine re quæ væneat?* Nimirum quia et in hac specie est aliquid quod vænit; scilicet spes, quæ et pretio æstimari et vendi potest.

(4) Enimvero *id actum* est ut ea tantum quæ ex missilibus caperentur, Emptor haberet. Captum autem non videtur quod retineri non poterat, et evincitur. Ergo secundum id quod inter contrahentes actum est, hoc quod evincitur non fuit emptum; adeoque eo nomine obligatio ex Empto contrahi non potest.

(5) *Persequi* proprie ad jura refertur.

(6) Quum fructuarius suum jus usufructus vendit; ipsum jus usufructus quod venditur, non transit ad personam Emptoris: nec enim potest egredi personam fructuarii qui vendidit. Id tantum hac Venditione continetur, ut possit Emptor fructus percipere loco et vice Venditoris quanto tempore ususfructus duraturus est. Cum igitur semper personæ jus usufructus adhæreat; Venditoris morte interit, non morte Emptoris.

(7) Quid si ignores? Vid. infra N. 14.

(8) Uno tamen casu valet Venditio liberi hominis; quum pater præ nimia egestate filium recens natum vendit: de quo casu vid. supra lib. 1. Tit. *de His qui sui vel alien.*

(9) Supple, esse Emptionem; *si scias alienationem non esse*, id est, eam rem esse extra commercium positam.

(10) Nisi enim hæc lex Venditioni addatur; sacræ res et religiosæ quæ fundo continentur, possent videri accedere Venditioni fundi; et una cum universitate fundi venditæ.

(11) Id est, hæc tamen clausula pertinere duntaxat potest *ad modica loca* sacra vel religiosa, quæ in universitate fundi continentur. Quod si omne quod vænit esset religiosum, prorsus supervacanea esset clausula: nam etsi non adjiciatur, nihil potest intelligi vænisse.

(12) Sensus est: quod si modicus locus sacer fuerit in universitate fundi venditi contentus, intelligitur una cum universitate fundi vænisse, ideoque etiam hujus loci nomine poterit agi *Ex Empto*.

in sepulcrum iter publicum transit. *l.* 53. § 1. LABEO LIB. 1. PITHAN.

De his ergo accipe quod ait idem Paulus: Vendito fundo religiosa loca ad Emptorem non transeunt, nec in his jus inferre mortuum habet. SENTENT. *lib.* 1. *tit.* 21. § 7.

XII. *Hactenus de sacris et religiosis. Quod ad publicas res attinet, quas pariter vendi non posse diximus; notandum est huic regulæ non adversari quod tabernæ in publico ædificatæ recte vendantur.*

Nam Qui tabernas argentarias, vel cæteras quæ in solo publico sunt, vendit; non solum (1), sed jus vendit: cum istæ tabernæ publicæ sunt, quarum usus ad privatos pertinet. *l.* 32. ULP. LIB. 44. AD ED.

XIII. *Inter res quarum commercium non est, et quæ vendi non possunt, non debent numerari res captæ ab hostibus; ob spem postliminii.*

Unde Si servos qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit: Octavenus magis putabat valere Emptionem et stipulationem; quia inter Ementem et Vendentem esset commercium. Potius enim difficultatem in præstando eo inesse, quam in natura: etiamsi officio judicis sustinenda esset ejus præstatio, donec præstari possit. *l.* 55. *ff. de Act. Empti.* POMPON. LIB. 10. EPISTOLAR.

XIV. *Quod hactenus diximus, rerum quarum commercium non est, non valere Venditionem, cum hac limitatione accipiendum est; ut, si ab ignorante bona fide emptæ fuerint, Venditor obligetur Emptori in id quod ejus interest non fuisse deceptum: et eo sensu dicitur hoc casu Venditio valere.*

Unde Licinius Rufinus: Liberi hominis Emptionem contrahi posse, plerique existimaverunt: si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet, etiamsi Venditor sciat, Emptor autem ignoret. Quod si Emptor sciens liberum esse, emerit; nulla Emptio contrahitur. *l.* 70. LIB. 8. REGULARUM.

Similiter Pomponius: Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi qui haberi non potest, Emptio intelligitur, si ab ignorante emitur (*l.* 4. POMPON. LIB. 9. AD. SABIN.): Quia difficile dignosci potest liber homo a servo. *l.* 5. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Item Modestinus: Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit; licet Emptio non teneat (2); Ex Empto tamen (3) adversus Venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur. *l.* 62. § 1. LIB. 5. REGUL.

Consonat quod respondit Julianus. Pater sciens filium suum quem in potestate habebat, ignoranti Emptori vendidit. Quæsitum est, an evictionis nomine teneatur?

Respondit: qui liberum hominem, sciens vel ignorans, tanquam Servum vendit, evictionis nomine tenetur. Quare etiam pater, si filium suum tanquam servum vendiderit, evictionis nomine obligatur. *l.* 39. § 3. *ff. de Eviction.* LIB. 57. DIGEST.

Observa quod ea demum Ignorantia Emptori prodest, quæ non in supinum hominem cadit. *l.* 15. § 1. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

XV. *Præter res quarum ex natura sua commercium non est; sunt aliæ res quas ex bonis moribus, aut Legibus, Senatusconsultis, Constitutionibus, vendere et emere non licet.*

V. G. Veneni mali quidam putant non contrahi Emptionem: quia nec societas aut mandatum flagitiosæ rei ullas vires habet. Quæ sententia potest sane vera videri de his quæ nullo modo, adjectione alterius materiæ, usu nobis esse possunt.

De his vero quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidota et alia quædam salubria medicamenta conficiantur; aliud dici potest. *l.* 35. § 2. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

XVI. *Ex Lege XII Tab. res furtiva emi non potest. Si tamen hoc vitium Emptor ignoraverit, valebit Emptio.*

Unde Paulus: Item si et Emptor et Venditor scit furtivum esse quod vænit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si Emptor solus sit, non obligabitur Venditor; nec tamen ex Vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit præstet (4). Quod si Venditor scit, Emptor ignoravit; utrinque (5) obligatio contrahitur. Et ita Pomponius quoque scribit. *l.* 34. § 3. PAUL. LIB. 33. AD ED.

Cum servus fugitivus pro furtivo haberi possit (6), idem Jus ad fugitivum porrectum est. Sed et specialiter Senatusconsulto cautum est, ne fugitivus vænire posset.

In specie autem sequenti, non videtur fugitivus vendi. Si quis amico peregre eunti mandaverit, ut fugitivum suum quærat; et si invenerit vendat: nec ipse (7) contra Senatusconsultum committit, quia non vendidit; neque amicus ejus, quia præsentem (8) vendit. Emptor quoque qui præsentem emit, recte negotium gerere intelligitur. *sup. d. l.* 35. § 3.

(1) Solum quidem in quo ædificatæ sunt, publici juris est. At non hoc *solum* vænit, sed *jus*; id est, hujus soli usus: qui usus non est publici juris, sed est in commercio et ad privatos pertinet; adeoque vænire potest.

(2) Non tenet ex parte Venditoris, ut ei obligetur Emptor; sed tenet ex parte Emptoris ut Venditor ipsi obligetur, non quidem rem tradere; sed præstare ipsi quod interfuit ejus ne deciperetur.

(3) Hoc accipe de actione *Ex Empto* Utili: neque enim potest competere Directa, cum in hac ipsa lege dicatur emptio non tenere. Hinc hæc actio alibi appellatur *In factum*: l. 8. § 1. ff. *de Religios.* Vid. supra lib. 11. d. tit. N. 24. Notam ad h. l.

(4) Id est, nisi præstet rem venditam.

(5) Hac in re differt res furtiva, ab ea re quæ natura sua in commercio non est; cujus Venditio licet ignoranti emptori facta, valet tantum ex uno latere: ut vid. supra N. 14.

(6) Quodammodo enim furtum sui domino suo facit.

(7) Dominus scilicet.

(8) Adeoque qui desierit esse fugitivus.

XVII. *Ex alio Senatusconsulto* (1) *id quod ædibus junctum est, vendi non potest nec ipsæ ædes vendi possunt, ut destruantur.*

Enimvero Senatus censuit, ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi acquireretur; neve quis negotiandi causa eorum quid emeret, venderetve. Pœna in eum qui adversus Senatusconsultum fecisset, constituta est; ut duplum ejus quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero qui vendidisset, ut irrita fieret Venditio (2). Plane si mihi pretium solveris: cum tu duplum ærario debeas, repetes a me; quod a mea parte irrita facta est Venditio. Nec solum huic Senatusconsulto locus erit, si quis suam villam vel domum, sed et si alienam vendiderit. *l.* 52. Paul. lib. 54. ad Ed.

De hac re ita etiam Marcianus : Si quis ad demoliendum negotiandi causa vendidisse domum partemve domus fuerit convictus; ut Emptor et Venditor singuli pretium quo domus distracta est præstent (3), constitutum est.

Ad opus autem publicum si transferat marmora vel columnas, Jure licito facit. *l. fin. ff. de Damn. infect.* Marcian. lib. sing. de Delatoribus.

Ex Constitutione Arcadii et Honorii, sub pœna capitis prohibetur vendere Publici canonis (4) *frumenta. l.* 3. *Cod.* Quæ res vendi non possunt.

Prohibitum quoque est vendere frumentum quod exercitui mittitur; sub pœna Proscriptionis in honestiores, et capitis in viliores. l. 4. Cod. d. tit.

Purpuram utpote soli Principi reservatam, vendere sub pœna capitis prohibetur. l. 1. Cod. d. tit.

§ 3. *Cujus res vendere aut emere quis possit necne.*

XVIII. *Non solum vendi potest res Venditoris propria: sed et* Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est. Nam Emptio est et Venditio: sed res (5) Emptori auferri potest. *l.* 28. Ulp. lib. 41. ad Sabin.

XIX. *At vero* Suæ rei Emptio non valet; sive sciens, sive ignorans emi.

Sed si ignorans emi; quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit (6). *l.* 16. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

Cum suæ rei Emptio non valeat : Hinc Si debitor rem pignoratam a creditore redemerit, quasi suæ rei Emptor, actione Ex Vendito non tenetur; et omnia in integro (7) sunt creditori. *l.* 39. Julian. lib. 15. digest.

Suæ rei Emptionem non valere, rescribunt etiam Diocletianus et Maximianus.

Si mater tua velut ex patris tui bonis prædium suum comparavit : cum rei propriæ non consistat Emptio, et hanc simulatam proponas; hujusmodi placitum mutare substantiam veritatis, et ei nocere non potuit. *l.* 10. *Cod. h. tit.*

Iidem rescribunt : Cum res tibi donatas ab herede donatricis tibi distractas esse proponas, intelligere debueras duplicari tibi titulum possessionis non potuisse; sed ex donatione et traditione dominum factum te frustra emisse, cum rei propriæ Emptio non possit consistere. At tunc demum tibi profuit, si ex donatione te non fuisse dominum demonstretur. *l.* 4. *Cod, h. t.*

XX. *Quod dicimus suæ rei Emptionem non valere, duas patitur limitationes.*

Prima limitatio est; ut, etsi rem suam quis emere non possit, tamen possit emere aliquid quod ipsi circa rem suam deest.

Unde Paulus : Rei suæ Emptio tunc valet, quum ab initio agatur ut possessionem emat quam forte venditor habuit, et in judicio possessionis potior esset. *l.* 34. § 4. Paul. lib. 33. ad Ed.

Hinc etiam, si ita erat res Emptoris ut ei auferri possit, valet Emptio ut non possit ei auferri. Unde Diocletianus et Maximianus qui duplicari titulum possessionis non potuisse modo rescripserunt, statim subdunt : Sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis; ad hoc et a filio facta Venditio rerum maternarum afferre (perfecta etiam donatione) poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti (8) possit hæc avocare. *sup. d. l.* 4. *Cod. h. t.*

Alteram limitationem affert Marcellus. Existimo posse me, id quod meum est, sub conditione emere; quia forte speratur meum esse desinere. *l.* 61. lib. 20. digest.

XXI. *Hactenus egimus de Emptione rei quæ esset Emptoris propria.*

Sed si communis ea res Emptori cum alio sit; dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte Emptionem valere; pro parte non valere. *l.* 18. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

(1) De quo plura videb. infra ad Tit. *de Legatis.*

(2) Adeoque denegetur ei actio ad consequendum pretium rei, quam contra Senatusconsultum vendidit et tradidit. Ita fit ut æque mulctentur Venditor et Emptor; Venditor re quam tradidit et pretio caret; Emptor ultra pretium, alterum tantum fisco inferre cogitur.

(3) In hac specie supponendum est rem non fuisse traditam : ideo Emptor, non duplum ut in specie præcedenti, sed simplum fisco infert, quia rem non habet; Venditor autem qui rem habet, alterum simplum infert : et sic pariter in utraque specie Venditor et Emptor mulctantur.

(4) Id est, frumenta destinata ad annonam popularem. Hæc annona Romæ ex publico civibus certo pretio distribuebatur.

(5) Valet quidem Emptio-venditio, cum invicem obligentur Venditor et Emptor; sed ex tali contractu traditio facta, dominium quod Venditor non habebat non transfert in Emptorem : adeoque potest res Emptori auferri quandocumque dominus eam reposcet.

(6) Pariter nulla est, etsi sciens emi. Sed qui sciens solvit quod non debebat, non habet Condictionem *Indebiti* ut vid. supra lib. 12. Tit. *de Condict. indeb.*

(7) Id est, creditor jus pignoris quod habebat, retinet.

(8) Id est, sub prætextu inofficiosæ donationis.

Pro nulla autem parte nostra videri potest res, in qua usumfructum duntaxat habemus.

Hinc idem Pomponius : Nec tamen Emptioni obstat, si in ea re ususfructus duntaxat ementis sit. *l.* 16. § *fin.* Ibid.

Officio tamen judicis pretium minuetur. *l.* 17. Paul. lib. 33. ad Ed.

XXII. *Minime videri possunt nostræ esse, res quarum administrationem duntaxat habemus. Verum alia ratione eas emere prohibemur, scilicet ad fraudes vitandas; et quia non debet idem circa eamdem rem et Venditoris et Emptoris personas gerere.*

Hinc Tutor rem pupilli emere non potest. Idemque porrigendum est ad similia; id est, ad curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt. *l.* 34. § 7. Paul. lib. 33. ad Ed.

Et generaliter, Non licet ex officio quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam. Alioquin non tantum rem amittit, sed in quadruplum convenitur, secundum Constitutionem Severi et Antonini. Et hoc ad Procuratorem quoque Cæsaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est. *l.* 46. Modestin. lib. sing. de Delatorib.

Tamen auctione publica facta, tutor et quivis alius administrator, rem ex bonis quorum administrationem habet, emere non prohibetur.

De tali auctione accipe quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Cum ipse tutor nihil ex bonis pupilli quæ distrahi possunt, comparare palam et bona fide prohibetur; multo magis uxor ejus hoc facere potest. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Similiter Zeno rescribit. Si alicujus bona publicentur atque vendantur, licet tam Comiti Rerum Privatarum Augusti, quam Scholæ Palatinorum, quam etiam Fisci Advocato, emere aliquas res ex eadem auctione: isque contractus a nemine calumnietur. *l. fin. Cod. de Fid. hast. fisc.* (1).

Sed et citra auctionem, tutor si contutorem habeat, et eo contutore auctore bona fide rem pupilli emerit; Emptio valebit: ut fuse videb. infra lib. 26. *tit.* de Auctor. tut.

ARTICULUS II.

De Pretio.

XXIII. Sine pretio nulla Venditio est. *l.* 2. § 1. Ulpian. lib. 1. ad Sabin.

Hinc Si quis fundum jure hereditario sibi delatum ita vendidisset, Erit tibi emptus tanti quanti a testatore emptus est; et mox inveniatur non emptus, sed donatus testatori; videtur quasi sine pretio facta Venditio: ideoque similis erit sub conditione factæ Venditioni, quæ nulla est si conditio defecerit. *l.* 37. Ulp. lib. 3. disput.

Contra Imaginaria Venditio non est, pretio accedente. *l.* 16. *de Reg. Jur.* Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Circa hoc Pretium autem tria requiruntur; ut serium sit, et certum, et in pecunia numerata.

§ 1. *Oportere ut Pretium sit serium.*

XXIV. *Hinc* Quum in Venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus; non videtur Vendere. *l.* 36. Ulp. lib. 43. ad Ed.

Similiter Diocletianus et Maximianus : Si, donationis causa, Venditionis simulatus contractus est; Emptio in sui deficit substantia. *l.* 3. *Cod. h. t.*

Obiter nota, hanc donationem Venditionis commento velatam, licet non valeat ut Venditio, valere ut donationem; postquam traditio secuta fuerit.

Hinc statim subjiciunt Imperatores : Sane si in possessionem rei sub specie Venditionis, causa donationis, ut te aleret, induxisti: sicut perfecta donatio facile rescindi non potest; ita legi quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit. *d. l.* 3. *Cod.*

Et alibi : Sed etsi donationis gratia prædii factam Venditionem traditio sequatur; actione pretii nulla competente, perficitur donatio. *l.* 9. *Cod. h. t.* § *sed etsi.*

De eo igitur casu quo simulandi duntaxat, non etiam donandi animus fuit, accipe quod ait Paulus : Nuda et imaginaria Venditio pro non facta est. Et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur. *l.* 55. Paul. lib. 2. ad Ed. Ædilium curulium.

XXV. *Vidimus Venditionem donationis causa nullo serio pretio constituto factam, non valere. At* Si quis donationis causa minoris vendat, Venditio valet. Toties enim dicimus in totum Venditionem non valere, quoties universa Venditio donationis causa facta est. Quoties vero viliore pretio res donationis causa distrahitur; dubium non est Venditionem valere. *l.* 38. Ulp. lib. 7. disput.

Obiter nota : Hoc inter cæteros; inter virum vero et uxorem, donationis causa Venditio facta pretio viliore, nullius momenti (2) est. *d. l.* 38.

XXVI. *Non valet quidem Emptio venditio, nisi initio pretium serio fuerit constitutum. At nil refert quod posteaquam constitutum est, non fuerit solutum.*

Unde Diocletianus et Maximianus : Empti fides ac Venditi sine quantitate (3), nulla est. Placito autem pretio non numerato, sed solum tradita possessione; istius modi contractus non habetur irritus. Nec idcirco is qui comparavit, minus recte possidet; quod soluta summa, quam dari convenerat, negatur. *l.* 9. *Cod. h. t.*

Enimvero Non pretii numeratio, sed conventio

(1) Hæc Constitutio Græca, quæ in Vulg. deest, restituta est in Editione Gothofr.

(2) Viliore enim pretio vendere, est indirecte donare; atqui donatio vel indirecta inter virum et uxorem prohibetur. Vid. infra lib. 23. Tit. *de Donat. inter vir. et uxor.*

(3) Id est, sine pretio.

perficit sine scriptis habitam Emptionem. *l.* 2. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

§ 2. *Oportere ut Pretium sit certum.*

XXVII. *Hinc* illud constat imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic Venditor dicit: Quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum. *l.* 35. § 1. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

Quod si in arbitrium tertii collatum sit; constituit Justinianus, ut quasi sub conditione facta Emptio penderet: ita scilicet ut, si ille pretium definierit, omnimodo (1) secundum ejus definitionem et pretia persolvi et Venditionem ad effectum pervenire *velit: sin non æstimasset, corrueret Venditio. l.* 15. *Cod. h. t.*

XXVIII. *Certum autem pretium intelligimus, quod actu in se certum est; quamvis de eo inter contrahentes nondum constet.*

Hinc Hujusmodi Emptio, Quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo, valet. Nec enim incertum est pretium, tam evidenti Venditione. Magis enim ignoratur quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. *l.* 7. § 1. Ulp. lib. 28. ad Sabin.

XXIX. *Pretium quidem quod principaliter constituitur, debet esse certum: cæterum huic pretio potest aliquid incertum tanquam accessorium adjici.*

Unde Si quis ita emerit: Est mihi fundus emptus centum, et quanto pluris eum vendidero; valet Venditio, et statim impletur. Habet enim certum pretium, centum. Augebitur autem pretium, si pluris Emptor fundum vendiderit. *d. l.* 7. § 2.

§ 3. *Oportere ut Pretium in pecunia numerata constituatur.*

XXX. Sed an sine nummis Venditio dici hodieque (2) possit, dubitatur? Veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem; Sabinus et Cassius, esse Emptionem et Venditionem putant; Nerva et Proculus, Permutationem, non Emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro, hominibusque vinum emere refert; illis versibus:

ΕΝΘΕΝ ΑΡ ΟΙΝΙΖΟΝΤΟ, *etc.* (id est)

« *HINC* quidem vinum emebant comati Achivi;
» Alii quidem ære, alii autem splendido ferro,
» Alii vero pellibus, alii autem ipsis vaccis,
» Alii autem mancipiis ».

Sed hi versus Permutationem significare videntur, non Emptionem; sicut illi:

ΕΝΘ, ΑΥΤΕ ΓΛΑΥΚΩ, *etc.* (id est)

« *HIC* rursus Glauco Saturninus mentes exemit
» Jupiter, Qui cum Tydide Diomede arma mutavit, [aurea æreis] ».

Magis autem pro hac sententia illud diceretur quod alias idem Poeta dicit.... ΠΡΙΑΤΟ ΚΤΕΑΤΕΣΣΙΝ ΕΟΙΣΙ (id est)

« [*HANC* olim Laertes] emit possessionibus » suis ».

Sed verior est Nervæ et Proculi sententia. Nam (3) ut aliud est vendere, aliud emere, alius Emptor, alius Venditor; sic aliud est pretium, aliud merx: quod in Permutatione discerni non potest, uter Emptor, uter Venditor sit. *l.* 1. § 1. Paul. lib. 33. ad Ed.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Emptionem rebus (4) fieri non posse, pridem placuit. Igitur cum frumenti certam modiationem Callimacho et Acamsto te dedisse, ut tibi repræsentent olei designatum pondus, asseveres: si placitis citra stipulationis solemnitatem non exhibeant fidem; quantum dedisti, causa non secuta condicere (5) pro desiderio tuo potes. *l.* 7. *Cod. de Rer. permut.*

XXXI. *Necesse quidem est pretium in pecunia numerata intervenire; sic tamen ut liceat pacisci Emptorem quid aliud præter hanc pecuniam daturum aut facturum.*

Hine Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres; agam Ex Vendito ut reficias: si autem hoc solum, ut reficeres eam, convenisset; non intelligitur Emptio et Venditio facta: ut et Neratius scripsit. *l.* 6. § 1. *ff. de Act. Empt.* Pompon. lib. 9. ad Sabin.

XXXII. *Denique sufficit pretium quum contrahitur, in pecunia constitui; nec refert quod postea aliud vice pecuniæ solutum sit.*

(1) Hoc civiliter accipiendum recte monet D. Noodt: scilicet ut ita obtineat, nisi manifesta esset iniquitas in arbitrio pretii.

(2) Recte dicit, *hodie:* nam et antequam nummi essent, si quid esset quo vulgo cæteræ res æstimari solerent, dubium non est in hoc potuisse pretium Emptionis-venditionis consistere. Puto: tam potuit consistere in ære appenso, quam hodie in auro et argento signato et numerato. Imo Plinius *Natur. hist.* lib. 33 cap. 1. refert apud Græcos olim res bobus boumque coriis æstimari solitas: dubium ergo esse non potest quin apud illos, in his rebus pretium Emptionis consistere potuerit.

(3) Tale est hoc argumentum: aliud est vendere, aliud emere; ergo in contractu Emptionis-venditionis discerni debet, uter sit emptor, uter venditor. Hoc autem discerni non potest, nisi discernatur merx a pretio: atqui in permutatione hoc discerni non potest; ergo permutatio non est Emptio-venditio.

(4) *Res* opponit pecuniæ numeratæ.

(5) Non vero potes agere actione aut *Ex Empto* aut *Ex Vendito.*

Hinc rescribunt Diocletianus et Maximianus : Pretii causa non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractus non constituitur irritus. *l.* 9. *Cod. de Rescind. Vendit.*

ARTICULUS III.

De consensu.

XXXIII. In Venditionibus et Emptionibus consensum debere intercedere palam est. Cæterum (1) sive in ipsa Emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio; Emptio imperfecta est. *l.* 9. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Maxime autem in ipsa Emptione consentire contrahentes debent; id est, in hoc placitum consentire ut alter alteri præstare rem pro domino habere licere, alter alteri vicissim pretium dare obligetur.

Si igitur in hoc dissentiant, aut in aliud consentiant; non est Emptio-venditio.

Unde Labeo : Nemo potest videri rem vendidisse, de cujus dominio id agitur ne ad Emptorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus. *l.* 80. § 3. LIB. 5. POSTERIORUM A JAVOLEN. EPITOM.

In pretio etiam, ut modo diximus, consensus requiritur; nec valebit contractus, si alter alio pretio vendere, alter alio emere intelligat.

XXXIV. *Consensus etiam requiritur in re quæ væneat.*

Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti: quia in corpore dissensimus, Emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti. Nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse Emptionem. *sup. d. l.* 9. ¶ *si igitur.*

Inde quæritur: si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit; ut puta, si acetum pro vino væneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile; an Emptio et Venditio sit? Marcellus scribit libro 6 Digestorum, Emptionem esse et Venditionem; quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem propo ΟΥΣΙΑ (id est, *substantia*) est; si modo vinum acoit: cæterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma (2); aliud pro alio vænisse videtur. In cæteris autem nullam esse Venditionem puto, quoties in materia erratur. *d. l.* 9. § 2.

Alioquin quid dicemus, si cæcus emptor fuit, vel si in materia erratur? vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? Et quemadmodum consensit (3), qui non vidit? *l.* 11. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Igitur quum Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens (4); nulla est Emptio: pecuniaque eo nomine data, condicetur. *l.* 41. § 1. JULIAN. LIB. 3. AD URSEIUM FEROCEM.

Cæterum Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, Emptionem non (5) esse; tamen Venditor teneri (6) debet quanti interest (7) non esse deceptum: etsi Venditor quoque nesciet; veluti si mensas quasi citreas (8) emat, quæ non sunt. *l.* 21. § 2. *ff. de Act. Empt.* PAUL. LIB. 33. AD ED.

XXXV. *Error quidem in qualitate substantiali rei venditæ contractum vitiat. Secus est de qualitate accidentali: unde postquam dictum est nullum esse contractum, quum mensa argento cooperta pro aurea vænit; statim subjicitur.*

Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim Emptio valet. *l.* 10. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Et quidem sufficit ut vel ex minori parte res aurum admixtum habeat, ut possit dici Aurea; *nec videatur in materia erratum.*

Unde Ulpianus : Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta; si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, quum æs esset? Ut puta: coheredes viriolam (9) quæ aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte ænea? Venditionem esse constat: ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum (10) aliquid sit, licet ego aurum putem, valet Venditio: si autem æs pro auro væneat, non valet. *l.* 14. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Errori materiæ comparari potest error in sexu: sexus enim substantiam mancipii venditi constituit: unde iste error vitiat contractum; secus de errore circa alias qualitates mancipii.

Hinc idem Ulpianus : Quod si ego me virginem

(1) Id est, alioquin.

(2) Condimentum ad obsonia paranda.

(3) Ita Haloander. Florent. *consensum* [supple] præstitit.

(4) Multo magis, si sciens.

(5) Hæc negatio abest in lectione Florentina; sed eam retinendam esse recte censet Cujacius: quod satis demonstrat contextus.

(6) Igitur ex Emptione quæ ex Jure nulla est, interdum nascitur actio: inspecto, ut ait Cujacius, potius facto et conventu quam Jure ipso.

(7) Emptoris.

(8) Mensæ *citreæ* magno in pretio Veteribus fuerunt. Plin. lib. 13. cap. 15. Quæ fuerit autem arbor illa, *citrus*, non satis constat.

(9) Ornamenti genus: armilla ex gemmis margaritisque auro cælatis.

(10) Notat Cujacius *inauratum* hic accipi, non id quod simpliciter coopertum est auro, sed id quod aliquid auro immixtum vel infusum habet. Et sic non pugnat hæc lex cum lege 41. § 1. modo supra N. præced.

emere putarem, quum esset jam mulier; Emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Cæterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti; quia in sexu error est, nulla Emptio, nulla Venditio est. *l.* 11. § 1. IBID.

XXXVI. Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet: nulla dubitatio est quin valeat Emptio et Venditio. NIHIL ENIM FACIT ERROR NOMINIS, QUUM DE CORPORE CONSTAT. *l.* 9. § 1. IBID.

XXXVII. *Non vitiat Emptionem-venditionem error vel dissensus, quum circa accessoria duntaxat contractus versatur.*

Hinc Si in Emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum; neque intelligatur quis ex pluribus accesserit, cum de alio Emptor, de alio Venditor senserit: nihilominus fundi Venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi quem Venditor (1) intellexerit. Nec refert, quanti sit accessio: sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat, an minus. PLERASQUE ENIM RES ALIQUANDO PROPTER ACCESSIONES EMIMUS: sicut quum domus propter marmora, et statuas, et tabulas dictas, ematur. *l.* 34. PAUL. LIB. 33. AD ED.

XXXVIII. *Circa omnia quæ de consensu et errore diximus, observa quod;* In hujusmodi quæstionibus, personæ ementium et vendentium spectari debent; non eorum quibus acquiritur ex eo contractu actio. Nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est, me præsente suo nomine emat; non est quærendum quid ego existimem, sed quid ille qui contrahit. *l.* 12. POMPON. LIB. 31. AD Q. MUCIUM.

Hoc ita, quum suo nomine contrahunt.

Quod si quis contrahat quasi ex mandato alterius, inspicitur quid existimaverit, et quid voluerit is qui contrahere mandavit.

Hinc subjicitur: Sed si servo meo vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente; non teneri te Ex Empto verum (2) est. *l.* 13. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

Simili ratione Quum servo dominus rem vendere certæ personæ jusserit; si alii vendidisset quam cui jussus erat, Venditio non valet (3). Idem Juris in libera persona est; cum perfici Venditio non potuit in ejus persona cui dominus vænire eam noluit. *l.* 63. JAVOLEN. LIB. 7. EX CASSIO.

SECTIO II.

De variis pactis quæ contractui Emptionis-Venditionis solent adjici; et de Arrhis.

ARTICULUS I.

De pactis quæ Emptioni solent adjici.

Inter pacta quæ contractui Emptionis-venditionis adjici solent, celeberrima sunt; Pactum addictionis in diem, et lex Commissoria: de quibus ex professo agitur Titulis sequentibus, quo remitto. Hic alia quædam recensebimus.

§ 1. *De pacto quo Venditor quædam a Venditione excipit.*

XXXIX. *Cum pactum quo Venditor sibi paciscitur, adversus ipsum recipiat interpretationem (ut vid. supra Tit. de Pactis N. 70); sequitur hoc pactum intra eas res quæ verbis quibus contrahentes usi sunt stricte acceptis continentur, concludendum esse.*

Unde Papinianus: Lege Venditionis illa facta; SI QUID SACRI AUT RELIGIOSI AUT PUBLICI EST, EJUS NIHIL VÆNIT; si res non in usu publico sed in patrimonio fisci erit, Venditio ejus valebit; nec Venditori proderit exceptio quæ non habuit locum. *l.* 72. PAPIN. LIB. 10. QUÆST.

Eadem exceptionis specie retenta: Intra maceriam (4) sepulcrorum hortis vel cæteris culturis loca pura servata, si nihil Venditor nominatim (5) excepit, ad Emptorem pertinent. *l.* 73. § 1. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Duo alia hujus regulæ exempla affert Paulus.

Primum. Qui fundum vendidit, POMUM recepit. Nuces, et ficus, et uvas duntaxat duracinas (6) et purpureas, et quæ hujus generis essent quas non

(1) Censet Cujacius hic irrepsisse mendum; et legendum *Emptor,* non vero *venditor.* Sententia Cujacii probatur non solum ex Juris regula quæ statuit interpretationem contra venditorem fieri debere; verum etiam ex ipso hujus legis contextu, et maxime versiculo isto, *plerasque enim res, etc.* Non placet tamen emendatio Cujacii D.º Schulting. *Th. Controv.* Decad. 63. n. 4. Ait enim regulam Juris oppositam non obtinere; quia supponendum censet, legem non a venditore sed ab emptore dictam: et utitur his verbis *si in emptione.*

(2) Quasi scienti vendiderim: nec attenditur ignorantia procuratoris qui meo nomine emit.

(3) Cum enim non suo, sed nomine domini vendat; consensus domini cujus nomine fit Venditio, necessarius est. Cum igitur dominus non consenserit ut huic personæ venderetur, Venditio non valet.

(4) Divites in agris suis sepulcra habebant. Locus his destinatus maceria solebat ambiri. Hujus loci ea pars duntaxat quæ corpus humatum continebat, erat religiosa: cætera loca, quamvis intra ambitum maceriæ, erant pura; id est, profana, pura a religione.

(5) Si nihil nominatim excepit, sed generaliter excepit, *si quid sacri aut religiosi, etc.* Quod si nec sic excepisset; non solum loca pura quæ sunt intra maceriam sepulcri, sed etiam ipsum sepulcrum, Emptione fundi contineretur: ut vid. supra N. 11.

(6) Uvæ *duracinæ* dicuntur, quæ propter acinorum duritiem tutæ sunt a frigore; ita ut vel suspendi, vel alio modo esui reservari possint hyemali tempore. Uvas *purpureas* interpretatur Alciatus, uvas ante perfectam maturitatem decerptas, quum adhuc rubescunt, in ollis reponendas. Quod tamen rectius accipi censet Gothofredus, de uvis passis; quæ, dum purpurascunt, decerpuntur et quasi mortificantur ad solem: unde et *Uvæ passæ* dicuntur.

vini causa non haberemus (quas Græci ΤΡΩΞΙΜΟΥΣ, id est, *Comestibiles* appellant (recepta videri (1). *l.* 205. *ff. de Verb. signif.* Paul. lib. 4. Epitomarum Alfeni digest.

Secundum. Fundi venditor frumenta manu sata receperat. In eo fundo ex stipula seges erat enata: quæsitum est, an pacto contineretur? Respondit, Maxime referre quid actum esset. Cæterum secundum verba, [non (2)] esse actum quod ex stipula nasceretur; non magis quam si quid ex sacco saccarii cecidisset, aut ex eo quod avibus ex ore cecidisset, natum esset. *l.* 40. § 3. Idem.

XL. *Quinetiam etsi quædam res verbis contineri videantur; si tamen probabile est de his non esse cogitatum, exceptionis pacto non continebuntur.*

Hinc Quum manu sata in Venditione fundi excipiuntur; non quæ in perpetuum sata sunt, excipi viderentur; sed quæ singulis annis seri solent, ita ut fructus eorum tollatur. Nam aliter interpretantibus, vites et arbores omnes exceptæ videbuntur. *l.* 80. Labeo lib. 5. posterior. a Javoleno Epitomatorum.

Aliud exemplum habes ex Paulo. Nam ad hæc verba Labeonis, Si habitatoribus habitatio lege Venditionis recepta est, omnibus in ea habitantibus (præter dominum) recte recepta est habitatio: Paulus: Imo si cui in ea insula quam vendideris, gratis habitationem dederis; et sic receperis, Habitatoribus, aut in quam quisque diem conductum habet; parum caveris: nominatim enim de his recipi oportuit. Itaque eos habitatores Emptor insulæ habitatione impune prohibebit. *l.* 53. § 2. *ff. de Act. empti.* Labeo lib. 1. Pithanon.

XLI. *Maxime autem non intelligentur contineri pacto exceptionis, eæ res quæ quum contraheretur nondum existebant.*

Hinc In lege fundi vendundi, lapidicinæ in eo fundo Ubicumque essent, exceptæ erant: et post multum temporis in eo fundo repertæ erant lapidicinæ. Eas quoque Venditoris esse, Tubero respondit. Labeo, referre quid actum sit; si non appareret, non videri eas lapidicinas esse exceptas: neminem enim nec vendere nec excipere quod non sit, et lapidicinas nullas esse nisi quæ appareant et cædantur. Aliter interpretantibus, totum fundum lapidicinarum fore, si forte toto eo sub terra esset lapis. Hoc probo. *l.* 77. Javolenus lib. 4. ex posterioribus Labeonis.

XLII. *Effectus pacti exceptionis est ut, quæ excepta sunt, vendita non sint; etiamsi is cujus gratia pactum initum est, eas venditas vellet.*

Hinc Si vina emerim exceptis acidis et mucidis, et mihi expedist acida quoque accipere: Proculus ait, Quamvis id Emptoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse. Nam quæ invitus Emptor accipere non cogeretur, iniquum esse non permitti Venditori vel alii ea vendere. *l.* 6. *ff. de Peric. et comm.* Pompon. lib. 9. ad Sabin.

Est etiam species quædam pacti Exceptionis, *quo fundi Venditor recipit ut sibi liceat servitutem aliquam in fundo vendito ante traditionem aut in traditione constituere.*

De hac pacti specie ita Ulpianus: Si in venditione quis dixerit Servas fore ædes quas vendidit, necesse non habet liberas tradere. Quare vel suis ædibus eas servas facere potest, vel vicino concedere servitutem; scilicet ante traditionem. Plane si Titio servas fore dixit; si quidem Titio servitutem concesserit, absolutum est: si vero alii concesserit, Ex Empto tenebitur.

A quo non abhorret quod Marcellus lib. 6. Digestorum scribit: Si quis in tradendo dixerit fundum Titio servire, quum ei non serviret, esset autem obligatus Venditor Titio ad servitutem præstandam, an agere possit Ex Vendito ut Emptor servitutem imponi patiatur prædio quod mercatus est? Magisque putat permittendum agere. Idemque ait, Et, si possit Venditor Titio servitutem vendere, æque agere permittendum. Hæc ita demum, si recipiendæ servitutis gratia id in traditione expressum est. Cæterum si quis (inquit) veritus (3) ne servitus Titio debeatur, ideo hoc excepit; non erit Ex Vendito actio, si nullam servitutem promisit. *l.* 6. § 3. ¶ *si in venditione ff. de Commun. præd.* Ulp. lib. 28. ad Sabin.

§ 2. *De pacto quo convenit quasdam res Venditioni accessuras.*

XLIII. *In Venditionibus fundorum, frequenter convenit ut dolia Venditioni accedant.*

Paulus autem, eo casu quo Venditor Dolia quæ in fundo domini essent accessura dixit; Etiam ea quæ servus qui fundum coluerat emisset peculiaria, Emptori cessura respondit. *l.* 40. § 5. Paul. lib. 4. epit. Alfeni digest.

XLIV. *Item frequenter convenit ut mercedes fundi ex præterito tempore debitæ, fundi Venditioni accedant. Hoc autem casu ait Labeo:* Si mercedem insulæ accessuram esse Emptori dictum est; quanti insula locata est, tantum Emptori præstetur. Paulus: Imo si insulam totam uno nomine locaveris, et amplioris conductor locaverit (4), et in vendenda insula mercedem Emptori cessuram esse dixeris; id accedet quod tibi totius insulæ Conductor debebit. *l.* 53. *ff. de Act. empti.* Labeo lib. 1. Pithanon.

Idem alibi: Insulam uno pretio totam locasti,

(1) Non autem cæteras uvas; quamvis videri possent contineri generali appellatione *Pomi* quæ ad omnes arborum fructus referri potest.

(2) Hanc negationem quæ vulgo deest, restituit Haloander; et restituendam esse contextus probat.

(3) *Si quis non hoc animo ut sibi liceret* Titio servitutem constituere; *sed virtus etc.*

(4) Diversis sub-conductoribus quibus singula cœnacula locavit.

et eam vendidisti ita ut Emptori mercedes inquilinorum accederent. Quamvis eam conductor majore pretio locaret, tamen id Emptori accedit quod tibi conductor debeat. *l.* 58. *ff. Locati.* LABEO LIB. 4. POSTERIOR. A JAVOL. EPITOM.

Observandum, quotiescumque convenit ut mercedes fundi vel reditus cujusvis rei quæ venit Venditioni accedant, illud pacto contineri ut actiones quæ Venditori eo nomine competunt, Emptori mandentur.

Hinc Scævola: Inter Venditorem et Emptorem militiæ ita convenit, ut salarium quod debeatur ab illa persona Emptori cederet. Quæsitum est, Emptor militiæ quam quantitatem a quo exigere debet, et quid ex ejusmodi pacto Venditor Emptori præstare debeat? Respondit, Venditorem actiones eo nomine quas haberet, præstare debere. *l.* 52. § 2. *ff. de Act. empti.* LIB. 7. DIGEST.

XLV. *Hæc etiam clausula,* UTI POSSEDI, *in Venditione ædium apposita, continet pactum; ut accedant Venditioni ea quæ ad rem quæ vænit parata sunt, quamvis pars ejus non sint.*

Hoc docet Scævola in specie sequenti. Ante domum mari juoctam molibus jactis, ripam (1) constituit: Et, UTI ab eo POSSESSA DOMUS FUIT, Gaio Seio vendidit. Quæro an ripa quæ ab auctore (2) domui conjuncta erat, ad Emptorem quoque jure Emptionis pertineat? Respondit, Eodem jure fore venditam domum, quo fuisset priusquam væniret. *d. l.* 52. § 3.

§ 3. *De pacto quo res, eo jure eaque conditione qua est, venditur.*

XLVI. *Hoc pactum de oneribus realibus intelligendum est: non de obligationibus personalibus quas venditor contraxerat, dandi aliquid ex fructibus fundi.*

Hoc docet Scævola. Ita ille: Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædiis Gaii Seii. Postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his; QUO JURE QUAQUE CONDITIONE EA PRÆDIA LUCII TITII HODIE SUNT, ITA VÆNEUNT, ITAQUE HABEBUNTUR. Quæro an Emptor Gaio Seio ad præstationem frumenti sit obnoxius? Respondit, Emptorem Gaio Seio, secundum ea quæ proponerentur, obligatum non esse. *l.* 81. § 1. LIB. 7. DIGEST.

§ 4. *De pacto quo res vænit ut Optima-maxima.*

XLVII. Non tantum in traditionibus, sed et in Emptionibus et stipulationibus et testamentis, adjectio hæc UTI MAXIMUS OPTIMUSQUE EST, hoc significat; ut liberum præstetur prædium, non ut etiam servitutes ei debeantur. *l.* 169. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Et rursus: Qui UTI OPTIMÆ MAXIMÆQUE SUNT, ædes tradit; non hoc dicit, servitutem illis deberi; sed illud solum, ipsas ædes liberas esse; hoc est, nulli servire (3). *l.* 90. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 29. AD SABIN.

§ 5. *De lege quæ Emptioni interdum adjicitur, ut, si displicuerit, res sit inempta.*

XLVIII. Si res ita distracta sit ut, si displicuisset, inempta esset; constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi Emptionem sub conditione. *l.* 3. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

De ea plura Tit. de Ædilit. Edict. *infra. lib.* 21.

ARTICULUS II.

De Arrhis.

XLIX. *Arrham definit Cujacius, id quod ante pretium datur; et fidem facit contractus facti, et totius pecuniæ solvendæ.*

Consonat hæc definitio Etymologiæ nominis. Etenim Arrha, seu arrhabo sic dicta ut reliquum reddatur. Hoc verbum a Græco ΑΡΡΑΒΩΝ *(reliquum) ex eo quod debitum reliquit* (4).

Postea tamen non solum pars pecuniæ pro pretio constitutæ; sed quidvis aliud Arrhæ nomine datum est.

L. Quod sæpe Arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet quasi sine Arrha conventio nihil proficiat; sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio. *l.* 35. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Arrhas ab emptore acceptas venditor retinebat, donec ipsi pretium numeraretur. Pretio autem numerato, qua actione Arrhæ repetantur, quærit Ulpianus. Ita ille: Ego illud quæro, si annulus datus sit Arrhæ nomine, et secuta emptione, pretioque numerato et tradita re, annulus non reddatur; qua actione agendum est; Utrum condicatur quasi ob causam datus sit, et causa finita sit; an vero Ex Empto agendum sit? Et Julianus diceret, Ex Empto agi posse. Certe etiam condici poterit, quia jam sine causa apud venditorem est annulus. *l.* 11. § 6. *ff. de Act. Empti.* ULP. LIB. 32. AD ED.

Cæterum qui Arrhas dedit, eas actione In rem *reposcere non potest.*

Unde Diocletianus et Maximianus: Ex Arrhali pacto, personalis duntaxat actio paciscentibus præparatur. *l.* 3. *Cod. de Act. Empti.*

LI. *Jure Justinianeo, etiam alium ob finem Arrhæ dantur; scilicet nondum perfecto contractu, ut qui eas dedit, et qui eas accepit, teneantur contractum perficere: ita ut si, is qui dedit recuset, amittat Arrhas, si contra recuset is qui accepit, reddat duplicatas. l.* 17. *Cod.* de Fid. instr.

(1) Haloander legit *Pilam.*

(2) Id est, venditore.

(3) Interdum hæc clausula arctiorem adhuc habet significationem; ut vid. supra lib. 3. Tit. *de Pactis.* N. 74.

(4) Varro *de Ling. Latina:* IV. 36.

TITULUS II.

DE IN DIEM ADDICTIONE.

I. In Diem Addictio ita fit : ILLE FUNDUS CENTUM ESTO TIBI EMPTUS, NISI SI QUIS INTRA KALENDAS JANUARIAS PROXIMAS MELIOREM CONDITIONEM FECERIT, QUO RES A DOMINO ABEAT. *l.* 1. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Circa venditiones sub hac lege factas, quæremus 1.° Quod jus ex tali venditione nascatur; 2.° Quæ concurrere oporteat ut venditio ex hac lege resolvatur; 3.° Quæ, resoluta ex hac lege venditione, emptorem præstare vicissimque ipsi præstari oporteat.

ARTICULUS I.

Quod jus ex his venditionibus nascatur.

II. Quoties fundus In Diem Addicitur; utrum pura emptio est, sed sub conditione resolvitur; an vero conditionalis sit magis emptio, quæstionis est? Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est ut meliore allata conditione discedatur; erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur : sin autem hoc actum est ut perficiatur emptio nisi melior conditio offeratur, erit emptio conditionalis. *l.* 2. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Valde autem necesse est hoc distinguere. Nam quum pure vendita et In Diem Addicta res est; hujus dominium traditione secuta statim ad emptorem transit. Sed et Marcellus libro 5 Digestorum scribit, Pure vendito et In Diem Addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset : alioquin nec pignus teneret (1). *l.* 4. § 3. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

III. Ubi igitur, secundum quod distinximus, pura venditio est; Julianus scribit, hunc cui res In Diem Addicta est, et usucapere (2) posse, et fructus et accessiones lucrari; et periculum ad eum pertinere, si res interierit. *sup. d. l.* 2. § *fin.*

Quoniam post interitum rei, jam nec afferri possit melior conditio. *l.* 3. ULP. LIB. 5. AD SABIN.

Item hoc casu Idem Julianus libro 88 Digestorum scripsit, Eum qui emit fundum in diem Interdicto QUOD VI AUT CLAM uti posse. Nam hoc Interdictum ei competit cujus interest opus non esse factum. Fundo autem (inquit) In Diem Addicto, et commodum et incommodum omne ad emptorem pertinet, antequam venditio transferatur (3). Et ideo si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio allata fuerit, ipse Interdictum habebit : sed eam actionem, sicut fructus (inquit) quos percepit, Venditi judicio præstaturum. *l.* 4. § 4. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Quæ hactenus diximus, obtinent quum pure sub hac lege venditio facta est. Ubi autem conditionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse (4); nec fructus ad eum pertinere. *d. l.* 4.

ARTICULUS II.

Quæ concurrere oporteat ut ex lege Addictionis In Diem, *emptio resolvatur.*

Ut ex lege Addictionis in Diem *emptio resolvatur, hæc concurrere oportet : 1.° Ut novus emptor existat; 2.° Ut meliorem conditionem offerat; 3.° Ut circa ipsam rem quæ principaliter venit meliorem conditionem offerat; et ut intra diem conventionis hoc faciat; 4.° Ut venditor meliorem conditionem oblatam amplexus sit; 5.° Ut prior emptor noluerit ipse adjicere.*

§ 1. *Oportere ut existat novus emptor.*

IV. *Debet novus emptor existere; et quidem verus, non supposititius.*

Hinc Ulpianus : Cum igitur tunc recedatur ab emptione (ubi pure contrahitur), vel tunc non impleatur (ubi sub conditione sit), quum melior conditio sit allata : si falsus emptor subjectus sit, eleganter scribit Sabinus, priori rem esse emptam; quia non videatur melior conditio allata esse non existente vero emptore. *d. l.* 4. § 5.

V. *Cæterum modo sit verus emptor, non refert an sit solvendo necne. Quinetiam Paulus* : Sed si *ipse* emptor alium non idoneum subjecit, eique fundus Addictus est; non video (inquit) quemadmodum priori sit emptus, cum alia venditio et vera postea subsecuta sit. *l.* 14. § 1. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Obiter nota : Sed verum est venditorem decep-

(1) Nam solus dominus rem pignori obligare potest : ut videb. infra lib. 20. Tit. *de Pignorib. et hypoth.*

(2) Si a non domino emit.

(3) In secundum emptorem, qui meliorem conditionem obtulerit.

(4) Causam enim usucapiendi habere non potest, ex emptione quæ nondum perfecta est, sed conditione suspenditur : ut videb. infra lib. 39. Tit. *de Usucapion.*

tum, Ex Vendito actionem habere cum priore emptore quanti sua intersit id non esse factum: per quam actionem, et fructus quos prior emptor percepit, et quo deterior res culpa vel dolo malo ejus facta sit, recipiet venditor. Et ita Labeoni et Nervæ placet. *d.* § 1. ¶ *sed verum.*

Sed si neuter subjecit emptorem, majore autem pretio Addictum est prædium ei qui solvendo non est; abitum est a priore emptione: quia ea melior intelligitur quam venditor comprobavit, cui licuit non Addicere. *d. l.* 14. § 2.

VI. Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit; consentiente venditore, discedetur a priore emptione.

Idem et de servo alieno. Aliter atque si servo suo vel filio quem in potestate habet, vel domino rei, per errorem id Addixerit; quia non est emptio (1) his casibus.

Quod si alieno servo, quem putaverit liberum esse, Addixerit; contra se habebit, et erit hic similis egenti (2). *d. l.* 14. § 3.

VII. Verum est autem, vel unum ex venditoribus posse meliorem afferre conditionem. Emere enim cum tota re etiam nostram (3) partem possumus. *l.* 13. Ulpian. lib. 28. ad Sabin.

Vice versa Quum In Diem duobus sociis fundus sit Addictus; uno ex his pretium adjiciente, etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi, rectius existimatur. *l.* 18. African. lib. 3. Quæst.

§ 2. *Oportere ut melior conditio allata sit.*

VIII. Sed etsi existat alius emptor, meliorem tamen conditionem non afferat; æque dicendum erit, perinde haberi ac si non existeret. *l.* 4. § 5. ¶ *sed etsi.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

Unde Si venditor simulaverit meliorem allatam conditionem, quum minoris vel etiam tantidem alii venderet; utrique emptori in solidum erit obligatus. *l.* 14. Paul. lib. 5. ad Sabin.

Melior autem conditio afferri videtur, si pretio sit additum. Sed etsi nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilior pretii, vel maturior; melior conditio afferri videtur. Præterea, si locus opportunior solvendo pretio dicatur; æque melior conditio allata videtur. Et ita Pomponius libro 9 ex Sabino scribit. Idem ait, Et si persona idoneior accedat ad emptionem, æque videri meliorem conditionem allatam. Proinde si quis accedat ejusdem pretii emptor, sed qui levioribus emat conditionibus, vel qui satisdationem nullam exigat; melior conditio allata vidabitur. Ergo idem erit probandum, etsi viliori pretio emere sit paratus; ea tamen remittat, quæ venditori gravia erant in priore emptione. *sup. d. l.* 4. § *fin.*

Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet. *l.* 5. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

Melior autem conditio non videbitur allata; si pro eo quod plus affert novus emptor, quædam venditor præstet quæ tanti sunt quanti id quod plus offertur.

Unde Si fundus In Diem Addictus fuerit pluris (4), ut quædam ei accedant quæ non accesserint priori emptioni; si non minoris sint hæ res, quam quo pluris postea fundus venierit; prior venditio valet (5): quasi melior conditio allata non sit, si minoris (6) sint. Idemque æstimandum est, si dies longior pretii solvendi data fuerit: ut quæratur quantum ex usura ejus emptoris capi potuerit (7). *l.* 15. § 1. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

Observa, meliorem demum conditionem intelligi quæ in se melior est.

Recte igitur Paulus: Non tamen ideo si tantumdem pretium alius det, hoc ipso quod fructus eum non sequantur (8) qui secuturi essent priorem emptorem, melior conditio videtur allata: quia non id agitur inter emptorem et venditorem. *l.* 14. § 5. Paul. lib. 5. ad Sabin.

IX. *Quum duæ res separatim venditæ sunt, et novus emptor utramque emat uno pretio quod utriusque pretia superet; oportet ut appareat cujus rei ratione melior conditio offeratur.*

Hinc Quum duo servi duobus separatim denis In Diem Addicti sint, et extiterit qui pro utroque triginta det; refert, unius pretio decem, an singulorum quina adjiciat. Secundum superiorem adjectionem, is servus inemptus erit cujus pretio

(1) Neque enim ulla obligatio, ullus contractus, inter nos et eos quos in potestate habemus, esse potest: ut videb. infra lib. 44. Tit. *de Oblig. et act.*

(2) Cui Addictio facta valet; supra N. 5.

(3) Hoc benigne certis casibus singularibus admittitur; ut in l. 22. § 4. *Mandati.*

(4) Supple, *posteriori emptori venditis.*

(5) Finge: fundus solus priori venditus est centum, postea fundus ille cum duobus mancipiis venditus est centum et decem posteriori emptori; non videbitur melior conditio allata venditori si hæc duo mancipia non sint minora decem illis quæ pretio adjecta sunt, sed valeant decem aut pluris.

(6) Legendum puto, *nisi minoris sint:* scilicet; nisi res adjectæ a venditore, minoris sint quam pretium ab emptore adjectum in posteriore venditione. Alii legunt; *si minoris sit:* eodem sensu: nimirum melior conditio allata non videbitur, si pretium quod in posteriori venditione adjectum est minoris sit rebus adjectis.

(7) Finge: priori fundus venditus est centum præsenti pecunia; posteriori venditus est centum et quinque post annum solvendis; non videbitur melior conditio allata, si venditor potuit intra annum percipere quinque aut plus ex usuris præsentis pecuniæ.

(8) Etiamsi posterior emptor non plus offerret, quam quod prior emptor præstitit; fieri interdum posset ut venditor lucraretur, si hanc posteriorem conditionem posset accipere, et prior emptio resolveretur: scilicet quo casu prior emptor fructus medio tempore percepisset, qui pretii quod præstitit usuras superarent. Nam venditori restituendi essent; ut videb. infra Art. 3. An ergo ex eo solo videbitur melior conditio allata? Minime; quia hoc lucrum non ex ipsa conventione, sed per accidens contingeret.

adjectio facta fuerit. Secundum posteriorem adjectionem, uterque ad posteriorem emptorem pertinebit. Quod si incertum sit ad utrius pretium addiderit; a priore emptione non videbitur esse discessum. *l.* 17. JULIAN. LIB. 15. DIGEST.

§ 3. *Oportere adjectionem pretii fieri circa ipsam rem quæ principaliter vænüt, et intra diem conventionis.*

X. *Ex eo quod adjectio fieri debeat circa rem ipsam; hinc* Idem Julianus libro 15 quærit: Si res In Diem Addicta interciderit, vel ancilla decesserit; an partus vel fructus ejus nomine adjectio admitti possit? Et negat admittendam adjectionem: quia alterius rei quam ejus quæ distracta est, non solet adjectio admitti. *l.* 4. § 1. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Verum Idem Julianus eodem libro scribit: Si ex duobus servis viginti venditis et In Diem Addictis, alter decesserit; deinde unius nomine qui superest, emptor extiterit qui supra viginti promittaret: an discedatur a priore contractu? Et ait, Dissimilem esse hanc speciem, partus speciei: et ideo hic discedi a priore emptore, et ad secundum perveniri. *d. l.* 4. § 2.

XI. *Oportet etiam ut intra diem conventionis melior conditio sit allata.*

Hinc Si prædio In Diem Addicto, ante diem venditor mortuus sit; sive post diem heres ei existat; sive omnino non existat; priori prædium emptum est: quia melior conditio allata quæ domino placeat, intelligi non potest; cum is qui vendat, non existat. Quod si intra diem adjectionis heres existat, melior conditio afferri potest. *l.* 15. POMP. LIB. 9. AD SABIN.

§ 4. *Oportere ut venditor meliorem conditionem oblatam amplexus fuerit.*

XII. *Enimvero* Sabinus scribit, licere venditori meliorem conditionem oblatam adjicere, sequique primam quasi meliorem: et ita utimur. *l.* 9. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Hoc tamen duas patitur exceptiones.

Prima statim subjicitur: Quid tamen si hoc erat nominatim actum, ut liceret resilire emptori meliore conditione allata? Dicendum erit, dissolutam priorem emptionem; etiamsi venditor sequentem non admittat. *d. l.* 9.

Alteram exceptionem affert Julianus: Sed si proponatur a creditore pignus In Diem Addictum; non potest videri bona fide negotium agi, nisi adjectio recipiatur (1). *l.* 10. LIB. 13. DIGEST.

Hæc replicationem patiuntur: Quid ergo est, si inops emptor et impediendæ tantummodo venditionis causa intervenit? Potest creditor, sine periculo priori emptori Addicere. *d. l.* 10.

XIII. *Ex eo quod diximus venditori, præterquam in casibus mox exceptis, meliorem conditionem oblatam accipere aut abjicere licere, emergit quæstio: Nimirum quid Juris sit, si ex pluribus qui sub hoc pacto vendiderant, alii eam accipere, alii abjicere velint?*

In hac quæstione docet Ulpianus interesse, an uno pretio an pluribus pretiis partes suas vendiderint. Ita ille: Item quod Sabinus ait: Si tribus vendentibus, duo posteriori Addixerint, unus non admiserit adjectionem; hujus partem priori, duorum posteriori emptam; ita demum verum est, si variis pretiis partes suas distraxerunt. *l.* 11. § *fin.* ULP. LIB. 28. AD SABIN.

(Etsi dispares partes vendentium fuerint. *l.* 12. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.)

Quod si uno pretio vendiderint; dicendum est, totam priori emptam manere (2) quemadmodum si quis mihi totum fundum Ad Diem Addixisset, postea vero pretio adjecto dimidiam alii Addixerit. Celsus quoque libro 8 Digestorum refert, Mucium, Brutum, Labeonem, quod (3) Sabinum, existimare.

Ipse quoque Celsus idem probat: et adjicit, mirari se a nemine animadversum quod (4), si prior emptor ita contraxit ut, nisi totum fundum, emptum nollet habere: non habere eum eam partem emptam, quam unus ex sociis posteriori emptori Addicare noluit. *l.* 13. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

XIV. *Quæritur an satis amplexus meliorem posterioris emptoris conditionem videatur venditor, si ei quoque rem In Diem Addixerit? Negabat Sabinus.*

Quod autem Sabinus scribit, fundum In Diem Addici non posse rursus qui semel fuerit In Diem Addictus, ratione ejusmodi defendit: quia prioris, inquit, emptoris statim sit; scilicet quasi non videntur melior conditio allata, si non secure secundo emptori fundus Addicitur, sed alia licitatio prospicitur.

Sed Julianus (5) libro 15 Digestorum scripsit, interesse multum quid inter contrahentes actum sit: nec impedire quidquam, vel hoc agi ut sæpius fundus collocetur (6); dum vel prima vel secunda vel tertia adjectione res a venditore discedat. *l.* 11. ULP. LIB. 28. AD. SABIN.

Quæsitum etiam fuit an venditor rem priori venditam, posteriori emptori Addicendo possit huic rei alteram rem adjicere? Et ait Javolenus, posse,

(1) Alioquin defraudaret debitorem commodo adjectionis.

(2) Nec enim a priori venditione abire pro parte licet.

(3) Id est, idem quod.

(4) Hunc versiculum referendum existimo ad priorem speciem mox supra leg. 11. § fin. in qua diversis pretiis plures vendiderunt. In ea specie, cum plures sint venditiones, poterit quidem unus ex venditoribus partem suam posteriori emptori Addicere: sed hoc casu, cum prior emptor ea lege emerit ut nonnisi totam rem habere vellet, recedetur ab emptione; etiam pro ea parte quam alter venditor noluit posteriori emptori Addicere.

(5) Cujus sententia prævaluit.

(6) Id est, Addicatur.

modo dolo careat. Ita ille: Fundo In Diem Addicto; si postea pretium adjectum est; et venditor alio fundo applicito eum ipsum fundum posteriori emptori Addixit, et id sine dolo malo (1) fecit; priori emptori obligatus non erit. Nam quamvis non id tantum quod In Diem Addictum erat, sed aliud quoque cum eo vænierit; tamen si venditor dolo caret, prioris emptoris causa absoluta est. Id enim solutum intuendum est, an priori (2) venditori bona fide facta sit adjectio. *l.* 19. Javolen. lib. 2. ex Plautio.

§ 5. *Oportere ut prior emptor noluerit ipse adjicere.*

XV. *Ita* Licet venditori, meliore allata conditione Addicere posteri, nisi prior paratus sit plus (3) adjicere. *l.* 7. Paul. lib. 5. ad Sabin.

Corollarium: Necesse autem habebit venditor meliori conditione allata priorem emptorem certiorem facere; ut, si quid alius adjicit, ipse quoque adjicere possit. *l.* 8. Paul. lib. 33. ad Ed.

ARTICULUS III.

Resoluta ex pacto Addictionis In Diem *priori emptione, quæ priorem emptorem præstare et quæ ipsi præstari oporteat.*

XVI. *Resoluta ex pacto* Addictionis In Diem *priori emptione; prior emptor fructus quos percepit restituere debet venditori.*

Nam Item quod dictum est fructus interea captos emptorem priorem sequi, toties verum est quoties nullus emptor existit qui meliorem conditionem afferat; vel falsus existit. Sin vero exitit emptor posterior, fructus refundere priorem debere constat; sed venditori (4). Et ita Julianus libro 48 Digestorum scripsit. *l.* 6. Ulp. lib. 28. ad Sabin.

Etenim Emptorem qui meliorem conditionem attulerit, præter corpus nihil sequitur quod vænierit. *l.* 14. § 4. Paul. lib. 5. ad Sabin.

XVII. Si quis extiterit qui meliorem conditionem afferat; deinde prior emptor adversus eum licitatus sit, et penes eum emptorem manserit; dubitari poterit utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore conditione allata; an vero venditoris sint, licet eadem sit persona quæ meliorem conditionem attulit: quod ratio (5) facere videtur. Intererit tamen, quid acti sit. Et ita Pomponius scribit. *sup. d. l.* 6. § 1.

XVIII. *Jam videndum quæ vicissim priori emptori a venditore præstanda sint.*

Imperator Severus rescripsit: Sicut fructus In Diem Addictæ domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est: ita rursus quæ prior emptor medio tempore necessario prohaverit erogata, de reditu retineri, vel, si non sufficiat, solvi æquum est. Et credo sensisse Principem de Empti-venditi actione (6). *l.* 16. Ulp. lib. 32. ad Ed.

XIX. *Nullam autem actionem habet prior emptor adversus posteriorem emptorem.*

Hinc Papinianus: Prior emptor, post meliorem conditionem oblatam, ob pecuniam in exordio venditori de pretio solutam, contra secundum emptorem, citra delegationem jure stipulationis interpositam, agere non (7) potest. *l.* 20. Papin. lib. 3. respons.

(1) Dolus esset si ideo accessit novus fundus, ut in priore fundo videretur melior conditio offerri; quem posterior emptor non esset meliori conditione empturus, nisi novus fundus accederet.

(2) Gothofredus recte censet legendum *an posteriori a venditore bona fide, etc.* ut sensus sit: an novum fundum bona fide adjecerit venditor, vendendo posteriori emptori.

(3) Id est, plus quam ipse emit, et tantumdem quantum alter adjecit. Debet enim prior emptor præferri: ex lege 8 quæ statim sequitur.

(4) Prior emptor debet hoc casu restituere fructus; quia, cum prior emptio ita rescindatur ut retro intelligatur non emisse, nulla potest subesse causa propter quam fructus retineat. *Venditori* autem restituit, non posteriori emptori: nec enim posterior emptor habere potest fructus perceptos antequam emerit.

(5) Nec enim ex priori emptione fructus habere potest, quæ rescissa est per posteriorem novo constituto pretio; nec ex posteriore, cum, antequam contracta sit, percepti sint.

(6) Agitur actione *Ex Empto*; quamvis resoluta emptione, scilicet magis inspecto facto et convento, quam subtilitate Juris: Vid. supra lib. 2. Tit. *de Pactis*. N. 37.

(7) Nec enim eum obligatum habet, cum non invicem contraxerint.

TITULUS III.

DE LEGE COMMISSORIA.

I. Lex Commissoria *est ea qua inter venditorem et emptorem convenit ut, si intra præfinitum diem pretium solutum non sit, res sit inempta.*

Si fundus Commissoria lege venierit; magis est ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur. *l.* 1. Ulp. lib. 28. ad Sabin.

Circa hanc Legem Commissoriam inquiremus 1.° *Quando committi videatur necne;* 2.° *Ea lege commissa, an et quandiu in arbitrio sit venditoris contractum rescindere necne;* 3.° *Quæ actio eo nomine venditori competat; et quid in ea ex hac causa veniat;* 4.° *Quando emptor ex Lege Commissoria rescisso contractu, pretii partem perdat; et quæ pacta Legi Commissoriæ soleant adjici.*

§ 1. *Quando Lex Commissoria committatur, necne.*

II. Marcellus libro 20 dubitat, Commissoria utrum tunc locum habeat si interpellatus non solvat; an vero si non obtulerit. Et magis arbitror offerre eum debere, si vult se Legis Commissoriæ potestate solvere.

Quod si non habet cui offerat, posse esse securum. *l.* 4. § 4. Ulp. lib. 32. ad Ed.

III. *Maxime autem non committitur, si per venditorem stetit quominus acciperet. Hoc liquet ex specie sequenti.*

Mulier fundos Gaio Seïo vendidit, et acceptis arrhæ nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquæ pecuniæ: quibus si non paruisset emptor, pactus est ut arrham perderet, et inemptæ villæ essent. Die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere; et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit: defuisse autem venditricem: posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. Quæsitum est an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditionis? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, non commisisse in legem venditionis emptorem. *l.* 8. Scævola lib. 7. respons.

Per venditorem stare quoque videtur in specie sequenti. Emptor prædiorum, cum suspicaretur Numeriam et Semproniam controversiam moturas; pactus est cum venditore ut ex pretio aliqua summa apud se maneret, donec emptori fidejussor daretur a venditore. Postea venditor eam legem inseruit, ut si ex die pecunia omnis soluta non esset, et venditor ea prædia venisse nollet, invendita essent. Interea de adversariis alteram mulierem venditor superavit, cum altera transegit; ita ut sine ulla quæstione emptor prædia possideret (1). Quæsitum est, cum neque fidejussor datus est, nec omnis pecunia secundum legem suis diebus soluta sit; an prædia invendita sint? Respondit, Si convenisset, ut non prius pecunia solveretur quam fidejussor venditi causa daretur, nec id factum esset; cum per emptorem non staret quominus fieret (2), non posse posteriorem legis partem exerceri (3). *l.* 10. § 1. *ff. de Rescind. vendit.* Ibid.

Non committitur quidem Lex Commissoria, quum per venditorem stat quominus ipsi solvatur. Sed si per eum stare desierit, et emptor in mora ipse esse cœperit, committetur. Ita enim Labeo: Si fundum emisti ea lege uti des pecuniam Kalendis Juliis, etsi ipsis Kalendis per venditorem esset factum quominus pecunia ei solveretur; deinde per te staret quominus solveres: uti posse adversus te lege sua venditorem, dixi; quia in vendendo hoc ageretur, ut quandoque per emptorem factum sit quominus pecuniam solvat, legis pœnam patiatur. Hoc (4) ita verum puto, nisi si quid in ea re venditor dolo (5) fecit. *l.* 51. § 1. *ff. de Act. Empti.* Labeo lib. 5. posterior. a Javol. epitomat.

IV. *In specie sequenti quæritur an commissa sit Lex Commissoria?*

Seïus a Lucio Titio emit fundum, lege dicta ut si ad diem pecuniam non solvisset, res inempta fieret. Seius parte pretii præsenti die soluta, defuncto venditore, filiis ejus pupillaris ætatis et ipse tutor cum aliis datus, neque contutoribus secundum legem numeravit, nec rationibus tutelæ retulit. Quæsitum est, an irrita emptio facta esset? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, inemptam videri. *sup. d. l.* 10. *ff. de Rescind. vend.*

(1) Et sic videbatur cessare causa propter quam pactus erat ut sibi satisdaretur.

(2) Quominus ipsi fidejussores darentur.

(3) Scilicet *Commissoriam.* Stat quippe per venditorem quominus ipsi solvatur pretium; quod ipsi ex lege contractus solvi non debet, donec satisdederit.

(4) Hucusque Labeo: ita autem notat Javolenus.

(5) Puta; si appareat eum ideo noluisse accipere, ut postea peteret eo tempore quo sciret emptori non fore commodum solvere.

§ 2. *Commissa Lege Commissoria, an et quandiu in arbitrio venditoris sit venditionem rescindere necne.*

V. Cum venditor fundi in lege ita caverit, si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit; ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit; quia id venditoris causa caveretur. Nam si aliter acciperetur; exusta villa, in potestate emptoris futurum esset ut, non dando pecuniam, inemptum faceret fundum qui ejus periculo fuisset. *l.* 2. POMPON. LIB. 35. AD SABIN.

Suffragatur Ulpianus : Nam Legem Commissoriam quæ in venditionibus adjicitur, si volet venditor exercebit; non etiam invitus. *l.* 3. ULP. LIB. 30. AD ED.

VI. *Cæterum* Eleganter Papinianus libro 3 Responsorum scribit, Statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere utrum Commissoriam velit exercere, an potius pretium petere: nec posse, si Commissoriam elegit, postea variare. *l.* 4. § 2. IBID. LIB. 32.

Etenim NEMO potest mutare consilium suum, in alterius injuriam. *l.* 75. *de Reg. Juris.* PAPIN. LIB. 3. QUÆST.

VII. *Vice versa : si, postquam commissa est lex; maluit stare venditioni; non potest amplius Lege Commissoria uti.*

Unde Scævola: Post diem Lege Commissoria comprehensum venditor partem reliquæ pecuniæ accepit. Respondit, Si post statutum diem reliquæ pecuniæ, venditor legem dictam non exercuisset, et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a Commissoria. *l.* 6. § 2. SCÆVOLA. LIB. 2. RESPONS.

Pariter Post diem Commissoriæ Legi præstitutum, si venditor pretium petat (1); Legi Commissoriæ renuntiatum videtur : nec variare, et ad hanc redire potest. *l.* 7. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

Consonat quod rescribit Alexander: Commissoriæ venditionis legem exercere non potest, qui post præstitutum pretii solvendi diem, non Vindicationem rei eligere: sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. *l.* 4. *Cod. de Pact. inter empt.*

§ 3. *Commissa Lege Commissoria, quæ actio venditori competat, et quid in hac actione ex hac causa veniat.*

VIII. Qui ea lege prædium vendidit ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur; si non precariam possessionem tradidit, rei Vindicationem non (2) habet, sed actionem Ex Vendito (3). *l.* 3. *Cod. d. Pact. inter empt.*

IX. *In hac autem actione venit, ut restituatur non solum quod principaliter væniit, sed et quæ rei venditæ accessura convenit. Nam Scævola* Respondit, Si ex lege inempti sint fundi; nec id quod accessurum dictum est emptori deberi. *l.* 6. § 1. SCÆVOLA LIB. 2. RESPONS.

Sed et fructus restitui debent. Ita enim Neratius: Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit: de fructibus quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est ut emptor interim eos sibi suo quoque jure perciperet. Sed si fundus revænisset; Aristo existimabat venditori de his judicium in emptorem dandum esse : quia nihil penes eum residere oporteret ex re in qua fidem fefellisset. *l.* 5. NERAT. LIB. 5. MEMBRAN.

Uno tamen casu non restitui fructus venditori, docet Ulpianus. Ita ille : Sed quod ait Neratius, habet rationem; ut interdum fructus emptor lucretur, quum pretium quod numeravit, perdidit (4). Igitur sententia Neratii tunc habet locum (quæ est humana) quando emptor aliquam partem pretii dedit. *l.* 4. § 1. ULP. LIB. 32. AD ED.

§ 4. *Quando emptor, rescisso per Commissoriam Legem contractu, partem pretii perdat; et quæ pacta Legi Commissoriæ soleant adjici.*

X. *Partem pretii perdit emptor, quum eam arrhæ nomine dedit. Nam Scævola* De Lege Commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit; fundos inemptos fore; et id quod arrhæ vel alio nomine (5) datum esset, apud venditorem remansurum. *l.* 6. SCÆVOLA LIB. 2. RESPONS.

Hoc multo magis obtinet, quum de eo expresse convenit.

Unde Antoninus : Si ea lege prædium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emptrix arrhas perderet, et dominium ad te pertinet; fides contractus servanda est. *l.* 1. *Cod. de Pact. int. empt. et vend.*

XI. In Commissoria etiam hoc solet convenire; ut, si venditor eumdem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emptore exigat. Erit itaque adversus eum Ex Vendito actio. *l.* 4. § 3. ULP. LIB. 32. AD ED.

(1) Hoc enim ipso quod petiit pretium, videtur renuntiasse Legi Commissoriæ.

(2) Transtulit enim dominium ad emptorem. Atqui modo supra [ex l. 4. Cod. *de Pact. inter empt.*] dictum est, *commissa hac lege Vindicationem competere?* Ita quidem, si traditio sub hac conditione facta est, ut non prius dominium transferretur quam pecunia soluta. Contra, ut hic, quum pure facta est; licet sub hac lege, ut non adimpleta lege res revocaretur.

(3) De quo fuerat dubitatum : Vid. supra lib. 2. Tit. *de Pactis.*

(4) Vid. § seq.

(5) Puta; si in gratiam emptionis quid uxori venditoris dono datum esset [*pour Epingles* :] lib. 17. ff. *de Ædilit. Edict.*

TITULUS IV.

DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA.

Postquam generaliter egerunt Pandectarum ordinatores de contractu Emptionis-venditionis, et de pactis quæ huic adjici solent; jam transeunt ad singulares venditionum species, scilicet ad Venditionem Hereditatis, et ad venditionem Nominis seu Actionis.

SECTIO I.

De Hereditate Vendita.

Vendit quis vel eam Hereditatem quæ ad se pertinet; vel eam quæ ad se non pertinet; vel eam quæ prorsus non existit.

ARTICULUS I.

Quid obtineat quum Vendita est Hereditas quæ ad venditorem pertinet.

I. *Patet ipsum jus hereditarium non posse vendi, cum personæ adhæreat. Qui igitur Hereditatem ad se pertinentem Vendit, nihil aliud quam commodum hujus Hereditatis cum oneribus vendit.*

Non potest igitur transferre in emptorem actiones Hereditarias quæ ipsi et in ipsum competunt.

Hinc ita rescribit Antoninus: Ratio Juris postulat ut creditoribus hereditariis, et legatariis, seu fideicommissariis, te convenire volentibus, tu respondeas; et cum eo cui Hereditatem Venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam ut satis tibi detur, sero desideras: quoniam eo tempore quo Venumdabatur Hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit ut creditoribus hereditariis satisfaciat; excipere tamen actiones Hereditarias invitus cogi non potest. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Tamen ab hac regula excipiendus est fiscus. Ita enim rescribunt Severus et Antoninus: Æs alienum Hereditate nomine fisci Vendita, ad onus emptoris (1) bonorum pertinere; nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est. *l.* 1. *Cod. h. t.*

II. *Directæ quidem actiones Hereditariæ non dantur Emptori Hereditatis: Verum* Rescriptum est a D. Pio, Utiles actiones emptori Hereditatis dandas (2). *l.* 16. *ſ nam ex quo ff. de Pactis.* Ulp. lib. 4. ad Ed.

Ad has maxime necesse est confugere in specie sequenti.

Ex duobus qui de Hereditate contendentes transegerunt; is solus Directis Hereditariis actionibus tenetur qui revera heres erat. Sed cum incertum sit uter ille sit; necesse est confugere ad actiones Utiles quibus quisque pro parte quam in transactione obtinuit, conveniuntur.

Hanc speciem ita refert Scævola. Controversia inter legitimum, et scriptum heredem orta est; eaque transactione facta certa lege (3) finita est. Quæro, creditores quem convenire possent? Respondit, Si iidem creditores essent qui transactionem fecissent, [id observandum (4) esse de ære alieno quod inter eos convenisset]: si alii creditores essent; propter incertum successionis, pro parte Hereditatis quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus (5) conveniendus est. *l.* 14. *ff. de Transact.* Scævola lib. 2. respons.

III. *Vendita Hereditate, actiones quidem non transferuntur; verum venditor tenetur emptori præstare quidquid ex hereditate ad ipsum pervenerit: et vicissim tenetur emptor præstare venditori quod venditori propter hereditatem abfuerit. Et ea de re stipulationes interponi solent quæ* Emptæ et venditæ Hereditatis *dicuntur.*

Hinc Ulpianus: Sicuti lucrum omne ad Emptorem Hereditatis respicit; ita damnum quoque debet ad eumdem respicere. *l.* 2. § 9. lib. 49. ad Sabin.

Hæc fusius exponenda sunt: et videndum 1.° *Quæ Venditor Hereditatis emptori præstare debeat;* 2.° *Quæ vicissim emptor venditori præstare teneatur;* 3.° *Ad quod lucrum damnumve Venditio Hereditatis non porrigatur.*

§ 1. *Quid Venditor Hereditatis emptori præstare debeat.*

IV. In Hereditate Vendita; utrum ea quantitas

(1) Utilibus actionibus hoc casu in emptore datis.

(2) Hoc Rescriptum summa æquitate nititur: nec aliter poterat subveniri Emptori Hereditatis, quum venditor solvendo non esset, et Hereditatis actiones emptori mandare nollet.

(3) Puta; ut singuli invicem in viriles Hereditatem dividerent.

(4) Inclusa quamvis desint in codice Florentino, recte supplentur in antiquis Editionibus.

(5) Ad eas enim devenitur, quum Directæ deficiunt aut dubitatur an et adversus quem competat; ut videb. infra lib. 19. Tit. *de Præscriptis verbis.*

spectatur quæ fuit mortis tempore, an ea quæ fuit quum Hereditas Venumdetur, videndum erit? Et verius est, hoc esse servandum quod actum est: plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex Hereditate pervenit in (1) id tempus quo venditio fit, id videatur væuisse. *l.* 2. § 1. ULP. LIB. 49. AD SABIN.

Non tantum autem quod ad Venditorem Hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem ejus ex Hereditate pervenit, emptori restituendum est.

Et non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est. *d. l.* 2. § 4.

Adeoque et fructus quos percepit venditor, restituere debet.

Enimvero HEREDITAS, juris nomen est; quod et accessionem et decessionem in se recipit. Hereditas autem vel maxime fructibus augetur. *l.* 178. § 1. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 22. AD SABIN.

V. Pervenisse ad Venditorem Hereditatis quomodo videatur, quæritur? Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse quatenus mandare potest earum rerum persecutionem, actionesque tribuere. Enimvero ubi corpora nactus est, vel debita exegit; plenius ad eum videri pervenisse. *sup. d. l.* 2. § 3.

VI. *Igitur quod attinet ad res quas nactus est;* Si Hereditas Vænierit, venditor res hereditarias tradere debet. *l.* 14. § 1. PAUL. LIB. 33. AD ED.

Nec sufficit si æstimationem earum offerat, si eas adhuc habet. Nam Quum stipulamur QUANTA PECUNIA EX HEREDITATE TITII AD TE PERVENERIT; res ipsas quæ pervenerunt, non pretia earum stipulare videmur. *l.* 97. *ff. de Verb. signif.* CELSUS LIB. 32. DIGEST.

Quid de casu quo, antequam Venderet Hereditatem, res hereditarias alienavit Venditor Hereditatis? Si rerum venditarum ante Hereditatem Venditam, pretia fuerit consecutus; palam est ad eum pretia rerum pervenisse. *sup. d. l.* 2. § 3. ¶ *sed et si.*

Denique Sed et rerum ante venditionem donatarum (2) pretia præstari, æquitatis ratio exigit. *d.* § 3. ¶ *fin.*

VII. *Quod si demum post Venditam Hereditatem heres res hereditarias vendidit; emptor ipsas res a Venditore Hereditatis recte petit. Quanquam et, si malit, pretium quo distracta res est petere potest; et quidem etiam eo casu quo res postquam vendita est, interiisset: in qua re melior est conditio Emptoris Hereditatis, quam emptoris rei singularis.*

Hoc docet Paulus. Ita ille: Venditor Hereditatis interposita stipulatione (3), rem hereditariam persecutus alii vendidit. Quæritur, quid ex stipulatione præstare debeat? Nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio; credimus pretium (4) in stipulationem venisse. Quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit, et is decesserit; an pretium ejusdem debeat? Non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo; si nulla mora præcessisset. Sed ubi Hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi; potest videri, ut negotium ejus agam (5), quam Hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi. Nam si eumdem hominem tibi vendidero; et nedum tradito eo, alii quoque vendidero, pretiumque accepero: mortuo eo, videamus ne nihil tibi debeam ex empto; quoniam moram in tradendo non feci. Pretium enim hominis venditi, non ex (6) re, sed propter negotiationem percipitur: et sic sit, quasi alii non vendidissem (7); tibi (8) enim rem debebam, non actionem. At quum Hereditas Vænit; tacite hoc agi videtur ut, si quid tanquam heres feci, id præstem emptori: quasi illius negotium agam. Quemadmodum (9) fundi venditor fructus præstat bonæ fidei ratione: quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil imputari ei possit; nisi si culpa ejus argueretur.

Quid si, rem quam vendidi alio possidente, petii; et litis æstimationem accepi? Utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem: non enim actiones ei, sed rem præstare debeo. Et, si vi dejectus vel

(1) Id est, a die mortis, *in id* usque *tempus*, etc.

(2) Quas donavit venditor. Nam ad eum pervenerant illæ res.

(3) Hoc accipe de mutuis stipulationibus *Emptæ et Venditæ Hereditatis;* quibus venditor promittit, quidquid ad ipsum ex Hereditate pervenerit, se præstaturum emptori; emptor vicissim promittit, si quid venditori propter Hereditatem abfuerit, se ei refusurum.

(4) Ut modo supra dictum est ea lege 2. § 3. N. praeced.

(5) Sensus est: quum Hereditatem Vendidi, et rem hereditariam vendo, magis videor hanc rem vendendo gerere negotium emptoris quam meum. Hoc enim inter nos videtur actum, ut quicquid quasi heres gererem, videret emptori gerere. Igitur pretium quod ex hac venditione redegi, videor quasi ex negotio quod ad emptorem pertineret, retinere; adeoque ei restituere debeo.

(6) Quod ex re extincta superest, debetur quidem creditori: sed pretium quod percepi, propter non ex re profectum est, sed ex negotiatione quam feci rem eam vendendo; ut, cum hunc contractum meo nomine fecerim, ad me debet pertinere.

(7) Id est, non magis tibi debeo, quam si hunc non vendidissem.

(8) Tibi nihil aliud debebam, quam rem quæ extincta est. Actionem quam ex hujus rei venditione consecutus sum, tibi non debeo; cum ex negotio quod non tuo sed meo nomine gessi, nascatur.

(9) Supple ante hæc verba: nec possum Emptori Hereditatis objicere quod potuissem hanc rem non vendere; quo casu nihil hujus rei nomine Emptori Hereditatis debuissem; hoc [inquam] non possum objicere. Et Emptor Hereditatis debet gaudere hac fortuna: *quemadmodum fundi venditor* cui emptor precario reliquit, debet præstare fructus quos sua solertia ex eo fundo percepit; nec potest objicere, quod eum fundum alienum, utpote emptoris ex precarii constitutione factum, negligere potuisset; ita tamen crassa culpa vacaret.

propter Furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem (1) pertinebit. Nam (2) si sine culpa desiit detinere venditor; actiones (3) suas præstare debebit, non rem: et sic æstimationem (4) quoque. Nam et aream tradere debet, exusto ædificio. *l.* 21. Paul. lib. 16. quæst.

Cæterum quamvis post Venditam Hereditatem heres res hereditarias vendiderit, emptor eas adversus tertios possessores persequi non potest. Nam, ut rescribit Alexander: Qui tibi Hereditatem Vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit: et ideo vendendo eas, aliis dominium transferre potuit (5). Sed quoniam contractus fidem fregit; Ex Empto actione conventus, quanti tua interest præstare cogetur. *l.* 6. *Cod. h. tit.*

VIII. *Hactenus de rebus quas nactus fuit Venditor Hereditatis. Quoad eas autem quas non nactus est, sed quarum nomine actiones duntaxat habet; ad nihil aliud tenetur, quam ut has actiones emptori mandet.*

Emptor *autem* Hereditatis, actionibus mandatis, eo jure uti debet quo is cujus persona fungitur; quamvis utiles (6) etiam adversus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuit. *l.* 5. *Cod. h. tit.*

IX. *Pervenisse etiam ex Hereditate ad venditorem intelligitur, quatenus Hereditas eum ab aliqua obligatione per confusionem liberavit; adeoque tantam pecuniam venditor emptori debet.*

Unde Africanus: Si Hereditatem mihi L. Titii Vendideris, ac post debitori ejusdem heres existas; actione Ex Empto teneberis (7). Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, quum quis ipse creditori suo heres extitit, et Hereditatem Vendidit. *l.* 20. lib. 7. quæst.

Illud quæsitum est; an Venditor Hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate ejus esset servove, ei cujus Hereditatem Vendidisset, præstare debeat emptori? Et visum est, quidquid duntaxat de peculio filii servive, aut in suam rem versum inveniatur, præstare cum debere. *l.* 2. § 6. Ulp. lib. 49. ad Ed.

Consonat quod ait Julianus: Si creditor filii tui heredem te instituerit, et tu Hereditatem ejus Vendideris; illa parte stipulationis Quanta pecunia ex Hereditate ad te pervenerit, teneberis De peculio. *l.* 37. *de Pecul.* Jul. lib. 12. digest.

X. Non solum autem Hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit præstari emptori debere. Itaque et si fidejussorem acceperit ab hereditario debitore; ipsam hanc actionem quam habet heres, præstare emptori debebit. Sed et si novaverit, vel in judicium deduxerit actionem; præstare debebit hanc ipsam actionem quam nactus est. *sup. d. l.* 2. § 8.

XI. *Hactenus de eo quod ad Venditorem Hereditatis, heredemque ejus pervenit.* Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveniat, et hoc emptori præstandum est.

Fecisse autem dolo malo quominus perveniat, videtur; sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo ne de Hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci.

Sed etsi non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid; utique tenebitur. *l.* 2. § 5. Ulp. lib. 49. ad Sabin.

XII. *Vidimus quæ Venditor Hereditatis præstare debeat. Cæterum* Venditor Hereditatis satisdare de evictione (8) non debet; cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat quam apud heredem futurum esset.

Plane de facto suo venditor satisdare cogendus est. *d. l.* 2. *Juxta id quod alibi dicitur:* Quanta autem Hereditas est, nihil interest (*l.* 14. § 5. Paul. lib. 33. ad Ed.). Nisi de substantia ejus affirmaverit venditor. *l.* 15. Gaius lib. 10. ad. Ed. provinc.

XIII. *De his omnibus quæ a venditore præstanda diximus, cavet venditor emptori per stipulationem cujus verba ita refert Ulpianus:* Item in stipulatione Emptæ Hereditatis, Quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve quominus perveniat; nemo dubitabit quin teneatur, qui id egit ne quid ad se perveniret. *l.* 50. § 1. *ff. de Verb. oblig.* lib. 50. ad Ed.

In hac stipulatione, Pecuniæ verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam; hoc est, omnia corpora. Nam corpora quoque, Pecuniæ appellatione contineri nemo est quid ambiget. *l.* 178. *ff. de Verb. signif.* Ulp. lib. 49. ad Sabin.

§ 2. *Quæ emptor Hereditatis Venditori præstare teneatur.*

XIV. *Venditor actione* Venditi *non solum pretium de quo convenit, ab emptore consequitur; sed et quidquid propter Hereditatem ex suo erogare necesse habuit.*

(1) Cui nihil aliud debeo quam rem; adeoque non debeo actiones quas hujus rei occasione consecutus sum.

(2) *Nam*, pro *sed*.

(3) Tunc contra obtinet: non debeo rem quam sine culpa desii possidere; sed debeo actiones meas præstare.

(4) Adeoque et litis æstimationem debeo, quam consecutus sum hac actione quam mandare tenebar.

(5) Vid. infra lib. 41. Tit. *de Acquir. rer. domin.*

(6) Quod sæpe necesse est; puta, si Venditor Hereditatis absit, aut nolit eas cedere.

(7) Non ut actiones cedas, quæ sunt confusæ; sed ut cedas quanti liberatus es: tantum enim ad te videtur pervenisse.

(8) Rerum singularum quæ sunt in hereditate.

Igitur Si quid publici vectigalis (1) nomine, præstiterit Venditor Hereditatis; consequens erit dicere, agnoscere emptorem ei hoc debere : namque hereditaria onera etiam hæc sunt. Et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum. *l.* 2. § 16. ULP. LIB. 49. AD SABIN.

Quod si funere facto heres Vendidisset Hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? Et ait Labeo; Emptorem impensam funeris præstare debere quia et ea (inquit) Impensa hereditaria sit. Cujus sententiam et Javolenus putat veram, et ego arbitror. *d. l.* 2. § 17.

Si ex pluribus heredibus unus antequam cæteri adirent hereditatem, pecuniam quæ sub pœna debebatur a testatore omnem solverit; et Hereditatem Vendiderit; nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quidquam servare poterit : cum Emptore Hereditatis, vel Ex stipulatu, vel Ex Vendito recte experietur. Omnem enim pecuniam hereditario nomine datam eo manifestius est, quod in judicio Familiæ erciscundæ deducitur, per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tanquam heres impenderit (2). *d. l.* 18. JULIAN. LIB. 5. DIGEST.

Et generaliter Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate, sive procurator ejus, sive alius quis proeo dum negotium ejus gerit; locus erit Ex Vendito actioni : dummodo aliquid absit Venditori Hereditatis. Cæterum si nihil (3) absit venditori; consequens erit dicere, non competere ei actionem. *sup. d. l.* 2. § 11.

XV. Sed et si quid venditor nondum præstiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter Hereditatem; nihilominus agere potest, cum emptore. *d. l.* 2. § 20.

Item si quæ jura habebat, quæ hereditas per confusionem extinxit; hac actione ab emptore consequitur, ut sibi restituantur.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille : Quum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit. Sed si Vendidit Hereditatem; æquissimum videtur Emptorem Hereditatis, vicem heredis obtinere : et idcirco teneri Venditori Hereditatis; sive quum moritur testator, debuit (quamvis post mortem debere desiit, adita a venditore Hereditate); sive quid in diem debeatur; sive sub conditione, et postea conditio extitisset. Ita tamen, si ejus debiti adversus heredem actio esse poterat : ne forte etiam ex his causis ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur. *d. l.* 2. § 18.

Exempla jam afferenda sunt.

XVI. *Primum est :* Si Titius Mævii Hereditatem Seio Vendiderit, et a Seio heres institutus eam Hereditatem (4) Attio Vendiderit; an ex priore Venditione Hereditatis cum Attio agi possit (5)? Et ait Julianus : Quod Venditor Hereditatis (6) petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab Hereditatis Emptore consequetur. Et certe si Seio alius heres extitisset; quidquid Venditor Mævianæ Hereditatis nomine præstitisset, id Ex Vendito actione consequi ab eo potuisset. Nam (7) et si duplam hominis a Seio stipulatus fuissem, et ei heres extitissem, eamque Hereditatem Titio Vendidissem; evicto homine, rem (8) a Titio servarem. *d. l.* 2. § 15.

Secundum affert Labeo : Hereditatem Cornelii Vendidisti; deinde Attius cui a te herede Cornelius legaverat; priusquam legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem. Recte puto Ex Vendito te acturum, ut tibi præstetur : quia ideo minus Hereditas Vænierit, ut id legatum præstaret emptor. Nec quidquam interest, utrum Attio qui te heredem fecerit, pecunia debita sit; an legatario (9). *l.* 24. LIB. 4. POSTERIOR. A JAVOLENO EPITOM.

Tertium Exemplum. Et si servitutes amisit heres institutus, adita hereditate; Ex Vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur. *sup. d. l.* 2. § 19. ULP. LIB. 49. AD SABIN.

Pariter Pomponius : Si ei cujus prædium mihi serviebat, heres extiti; et eam Hereditatem tibi Vendidi : restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur ut quasi tu heres videaris extitisse. *l.* 9. *ff. Commun. prædior.* LIB. 10. AD SABIN.

XVII. *Observandum superest, de his omnibus cavere emptorem venditori per stipulationem quæ Venditæ Hereditatis dicitur.*

§ 3. *Ad quod lucrum aut damnum Venditio Hereditatis non porrigatur.*

XVIII. *Venditio Hereditatis non porrigitur ad illud lucrum quod sine dolo venditoris non duravit.*

V. G. Deperdita autem et diminuta sine dolo

(1) Intellige, vel de vectigali *Vicesimæ* quod pro ipsa Hereditate fisco debebatur [ut apud nos, *le Centième denier*]; vel de vectigalibus seu annuis pensionibus quæ ab agris vectigalibus qui sunt in Hereditate debentur.

(2) Vid. supra lib. 10. Tit. *Famil. ercisc.* N. 79 et 86.

(3) V. G. Si recuperavit quod erogavit.

(4) Seii.

(5) Id est, an Titius agere possit cum Attio ad consequendum quod Mævianæ Hereditatis nomine Seius Titio debebat? Ratio dubitandi; quia, cum Titius Seio heres extiterit, confusum fuit debitum.

(6) Quidquid Titius Venditor Hereditatis Mævii potuisset ab extraneo herede Seii consequi; hoc ipse qui Seio heres extitit, et Seii Hereditatem Vendidit, consequi potest ab Emptore Hereditatis Seii.

(7) Confirmat quod dixit : ut obtineat in quocumque debito quod defunctus heredi debuit.

(8) Scilicet, hanc duplam.

(9) Id est, an Attio ex causa crediti, an tanquam legatario.

malo venditoris, non præstabuntur. *sup. d. l.* 2. § 5. ¶ *fin.*

Igitur Si Venditor Hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset; non placet enim emptori teneri. *l.* 3. Pompon. lib. 37. ad Sabin.

Multo magis non tenebitur præstare eam quam erogare in causam Hereditatis necesse habuit.

Hinc Ulpianus: Illud tenendum est; cum effectu videri pervenisse, non prima ratione (1). Idcirco, quod legatorum nomine quis præstitit, non videtur ad eum pervenisse. Sed et si quid æris alieni est, vel cujus alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur. *sup. d. l.* 2. § 3. ¶ *illud tenendum.*

XIX. Solet quæri; an et si quid lucri occasione Hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat? Et est apud Julianum hæc quæstio tractata libro 6 Digestorum et ait, Quod non debitum exegerit, retinere heredem; et quod non debitum solverit, non reputare. Nam hoc servari, ut heres emptori non præstet quod non debitum exegerit; neque ab eo consequatur, quod non debitum præstiterit.

Si autem condemnatus præstiterit; hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum sine dolo malo suo: etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres. Quæ sententia mihi placet (2). *d. l.* 2. § 7.

Denique si rem hereditariam heres vendiderit, ac per hoc fuerit condemnatus; non habet contra emptorem actionem: quia non ideo condemnatur, quod heres esset; sed quod vendiderit. Sed si pretium rei distractæ Emptori Hereditatis dedit; videamus an locus sit Ex Vendito actioni (3)? Et putem esse (4). *d. l.* 2. § 10.

XX. *Non continetur etiam in Venditione Hereditatis, lucrum damnumve quod profectum est ex re hereditaria quæ in Venditione Hereditatis fuit excepta: scilicet quum post Venditam Hereditatem profectum est; secus, si ante.*

Hinc Si Venditor Hereditatis, ædes sibi exceperit quarum nomine Damni infecti promissum fuerat; interest quid acti sit. Nam si ita excepit, ut Damni quoque Infecti stipulationis onus sustineret; nihil ab emptore consequetur. Si vero id actum erit, ut emptor hoc æs alienum exsolveret; ad illum onus stipulationis pertinebit. Si non apparebit quid acti sit: verisimile erit id actum, ut ejus quidem damni nomine quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem; alterius vero temporis, ad heredem pertineat. *d. l.* 2. § 14.

Item Apud Julianum scriptum est, Si Venditor Hereditatis exceperit servum sine peculio, et ejus nomine cum eo fuerit actum De peculio, et In rem verso; id duntaxat eum consequi quod præstiterit ejus peculii nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum est. His enim casibus æs alienum emptoris solvit: ex cæteris (5) causis, suo nomine condemnatur. *d. l.* 2. § 12.

Quid ergo si servum cum peculio exceperit Venditor Hereditatis; conventusque De peculio, præstitit? Marcellus libro 6 Digestorum, non petere eum scripsit: si modo hoc actum est ut quod superfuisset ex peculio, hoc haberet. At si contra actum (6) est; recte repetere eum posse, ait. Si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta (7) est; cessare Ex Vendito actionem constat (8). *d. l.* 2. § 13.

Ubi autem ex causa ante Venditam Hereditatem existente, quamvis ex re in venditione excepta, lucrum aut damnum profectum est; illud emptorem sequi docet Labeo. Ita ille: Si excepto fundo hereditario Vænit Hereditas; deinde ejus fundi nomine venditor aliquid acquisiit (9): debet id præstare Emptori Hereditatis. Paulus: Imo semper quæritur, in ea re quid actum fuerit. Si autem id non apparebit; præstare eam rem debebit emptori venditor. Nam id ipsum ex ea Hereditate ad eum pervenisse videbitur; non secus ac si eum fundum in Hereditate Vendenda non excepisset. *l.* 25. Labeo lib. 2. Pithanon.

XXI. *Denique* Illud potest quæri, si etiam impuberi sit substitutus is qui Vendidit Hereditatem testatoris; an etiam id quod ex impuberis hereditate ad eum qui Vendidit Hereditatem pervenit, Ex Empto actioni locum faciat? Et magis est, ne veniat: quia alia Hereditas (10) est. Licet enim unum testamentum sit alia tamen atque alia Hereditas est. Plane si hoc actum sit: dicendum erit, etiam impuberis Hereditatem in venditionem ve-

(1) *Prima ratio* propter quam videri possit pervenisse, est quia nactus est. Sed hæc ratio non sufficit: oportet ut cum effectu nactus sit, sic ut possit retinere.

(2) Nam, cum heres condemnatus sit, ergo propter Hereditatem erogare necesse habuit.

(3) Ut repetat ab Emptore Hereditatis quod ex causa condemnatus præstitit.

(4) Ratio est; quia Emptor Hereditatis pretium accipiendo, hoc negotium venditionis ratum habuit et in se recepit.

(5) Puta, si Noxaliter conveniatur, vel *De eo peculio* quod post Hereditatis Venditionem servus exceptus quæsivit.

(6) Scilicet si actum est ut venditor haberet res peculiares non deducto ære alieno.

(7) Si simpliciter excepit servum cum peculio.

(8) Nam damnum contingit in re excepta, in peculio excepto; et quidem post venditionem contingit.

(9) Ex causa quæ præcessit venditionem.

(10) Duplex jus habebat qui Vendidit Hereditatem: vendidit jus quod habebat ex institutione, non vendidit jus quod habebat ex substitutione. Alia causa est portionis quæ heredi qui jus suum vendidit, accrescit; in vim enim solius juris quod ex institutione sua habet, hæc portio [quum deficit] ei accrescit; porro vendidit omne emolumentum quod ex jure suæ institutionis posset ad ipsum pervenire.

nire; maxime si jam delata impuberis Hereditate (1), Vænierit Hereditas. *sup. d. l.* 2. § 2.

ARTICULUS II.

Quid obtineat quum quis Vendidit Hereditatem quæ aut non est, aut ad venditorem non pertinet.

XXII. Quum Hereditatem aliquis Vendidit; esse debet Hereditas ut sit emptio. Nec enim alea emitur, ut in venatione (2) et similibus; sed res: quæ si non est, non contrahitur emptio; et ideo pretium condicetur (3). *l.* 7. Paul. lib. 14. ad Plaut.

Dicendum ergo est, Si Hereditas Vænierit ejus qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti: quia in rerum natura non sit quod vænierit. *l.* 1. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

XXIII. *Non idem obtinet quum Hereditas quæ Vænit, existit quidem; sed ad venditorem non pertinet.*

Unde Javolenus: Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit; quantum emptori præstare debeat: ita distingui oportebit: ut, si est quidem aliqua Hereditas, sed ad venditorem non pertinet; ipsa æstimetur: si nulla est de qua actum videatur; pretium duntaxat, et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur. *l.* 8. lib. 2. ex Plautio.

Et si quid emptoris interest. *l.* 9. Paul. lib. 34. ad Ed.

Item Si quasi heres Vendideris Hereditatem, quum tibi ex Senatusconsulto Trebelliano (4) restituta esset Hereditas; quanti emptoris intersit (5), teneberis. *l.* 16. Paul. lib. 33. ad Ed.

XXIV. *Non tamen semper, quum Hereditas ad Venditorem non pertinet, venditor quanti ea res est tenetur.*

V. G. Quod si in Hereditatis Venditione id actum est, Si quid juris esset venditoris, vænire, nec postea quicquam præstitui: quamvis ad Venditorem Hereditas non pertinuerit, nihil tamen ab eo præstabitur; quia id actum esse manifestum est ut, quemadmodum emolumentum negotiationes, ita periculum ad emptorem pertineret. *l.* 10. Javol. lib. 2. ex Plaut.

Nam hoc modo admittitur esse venditionem, Si qua sit Hereditas, esto tibi empta; et quasi spes Hereditatis, ipsum incertum rei, væneat: ut in retibus. *l.* 11. Ulp. lib. 32. ad Edict.

Idem docet Paulus. Quod si sit Hereditas; etsi non ita convenit ut quidquid juris haberet venditor, emptor haberet; tunc heredem se esse, præstare debet. Illo vero adjecto, liberatur venditor; si ad eum Hereditas non pertineat. *l.* 13. Paul. lib. 14. ad Plaut.

Hoc autem sic intelligendum est; nisi sciens ad se non pertinere, ita vendiderit. Nam tunc ex dolo tenebitur. *l.* 12. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

APPENDIX

De Hereditatis Cessione in Jure.

XXV. *His quæ de Venditione Hereditatis diximus, pauca Appendicis vice subjungenda sunt circa Hereditatis in Jure Cessionem.*

Hereditas in Jure ceditur, vel antequam adeatur, vel postquam adita fuerit. Ulp. fragm. *tit.* 19. § 11.

Antequam adeatur, in Jure cedi potest ab herede legitimo (6): posteaquam adita est, tam a legitimo quam ab eo qui testamento heres scriptus est. *d. tit.* § 12.

Si antequam adeatur Hereditas, in Jure cessa sit; perinde heres fit cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset. Quod si posteaquam adita fuerit, in Jure cessa sit; is cui (7) cessa est, permanet heres (8), et ob id creditoribus defuncti manet obligatus (9): debita vero pereunt, id est, debitores defuncti liberantur (10). *tit.* § 13.

Hæc Jure Pandectarum obtinebant: sed exoleverunt.

SECTIO II.

De Actione Vendita.

§ 1. *De Venditione* Nominis, *seu Actionis* In personam.

XXVI. *Non solum Nomina quæ pure contracta sunt; sed et* Nomina eorum qui sub conditione vel in diem debent, et Emere et Vendere solemus. Ea

(1) Bronchorstius *Centur.* 1. *Assert.* 30. censet verbum *maxime*, hic accipiendum pro *utique*. Nam de Hereditate cujuspiam quandiu vivit, pacisci nemini licet: supra Tit. *de Pactis*. N. 62.

(2) Si quis prædam quam ex venatione ceperit, vendat.

(3) *Condictione Sine causa.*

(4) Tribonianus hic substituit ex *Trebelliano*, pro ex *Pegasiano*. ut facere solet.

(5) Interesset ejus, quod Quartæ distractionem pati tenebitur; quam non fuisset passus, si venditor fuisset heres.

(6) Cur non pariter hoc potest heres testamentarius? Ratio evidens est: nullum jus habere videri potest quod cedat, nisi quod ex testamento proficiscitur. Porro omne testamenti jus ab heredis scripti aditione pendet, et eo non adeunte corruit; nihil igitur potest cedere nisi adeat.

(7) Recte monet Cujacius, legendum *is a quo cessa est*.

(8) Nam qui semel heres, semper manet heres.

(9) Nec enim potest his invitis liberari ab obligatione quam adeundo Hereditatem erga ipsos contraxit.

(10) Id est, *liberantur* ab isto qui Hereditatem Cessit: nam Hereditatem in Jure cedendo, exuit se jure quod adversus ipsos habebat. Hac in re differt is qui in Jure cedit Hereditatem, a Venditore Hereditatis apud quem vidimus manere actiones adversus debitores hereditarios.

enim res est, quæ emi et vænire potest. *l.* 17. Ulp. lib. 34. ad Ed.

At vero Multum interest, sub conditione aliqua obligatio væneat; an, quum ipsa obligatio sub conditione sit, pure væneat. Priore casu, deficiente conditione, nullam esse venditionem: posteriore, statim venditionem consistere. Nam si Titius tibi decem sub conditione debeat, et ego abs te Nomen ejus emam confestim Ex Empto-vendito agere potero, ut vel acceptum ei facias. *l.* 19. Julian. lib. 25. digest.

XXVII. *Ea* Nominis Venditio, etiam ignorante vel invito eo adversus quem Actiones mandantur contrahi solet. *l.* 3. *Cod. h. t.* Alexandr.

XXVIII. *Jam videamus quid Venditor* Nominis *præstare debeat?* Venditor Actionis quam adversus principalem reum habet, omne jus quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores hujus debiti, cedere debet; nisi aliud actum est. *l.* 23. Herm. lib. 2. juris epitom.

Simili ratione: Qui filiifamilias Nomina Vendidit, Actiones quoque quas cum patre habet, præstare debet. *l.* 14. Paul. lib. 33. ad Ed.

Similiter Emptori Nominis, etiam pignoris persecutio præstari debet; ejus quoque, quod postea venditor accepit. Nam beneficium venditoris prodest emptori. *l.* 6. Paul. lib. 5. quæst.

Denique Nominis Venditor, quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur. *sup. d. l.* 23. § 1.

XXIX. *Cæterum* Si Nomen sit distractum; Celsus libro 9 Digestorum scribit, Locupletem esse Debitorem, non debere præstare. Debitorem autem eum esse, præstare; nisi aliud convenit (*l.* 4. Ulpian. lib. 32. ad Ed.). Et quidem sine exceptione quoque; nisi in contrarium actum sit. Sed si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertæ, et nihil debeat; quanti intersit emptoris. *l.* 5. Paul. lib. 33. ad Ed.

Consonat quod ait Hermogenianus. Qui Nomen Quale fuit, Vendidit; duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum præstare cogitur. *l.* 74. *ff. de Eviction.* lib. 2. juris epitom.

Item Periculum pignorum Nominis Venditi, ad emptorem pertinet; si tamen probetur eas res obligatas fuisse. *l.* 30. *ff. de Pign. et hypoth.* Paul. lib. 7. respons.

Hinc Creditor (1) qui pro pecunia Nomen debitoris per delegationem sequi maluit; evictis pignoribus quæ prior creditor accepit, nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit. *l.* 68. § 1. *ff. de Eviction.* Papin. lib. 11. respons.

XXX. *Hactenus de actione quam Emptor Nominis habet adversus venditorem. Præterea ei subvenitur per actiones Utiles adversus debitorem cujus Nomen emit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus rescribunt: Postquam eo decursum est ut cautiones quoque debitorum pignori dentur; ordinarium visum est, post Nominis Venditionem, Utiles emptori (sicut responsum est) velut ipsi creditori postulanti dandas actiones (2). *l.* 7. *Cod. h. t.*

Cæterum, ut iidem rescribunt, Ex Nominis Emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit: sed vel in suam rem procuratore facto, vel Utilis (secundum ea quæ pridem constituta (3) sunt), exemplo creditoris, persecutio tribuitur. *l.* 8. *Cod. h. t.*

Et quod de Venditione Nominis diximus, idem obtinet et si quovis alio titulo Nomen comparatum sit.

Hinc V. G. Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio præcesserit, nec litis contestatio subsecuta sit; Utilem tamen marito actionem, ad similitudinem ejus qui Nomen emerit, dari oportere sæpe rescriptum est. *l.* 2. *Cod. de Oblig. et act.* Valer. et Gallien.

Similiter In solutum Nomine dato, non aliter nisi mandatis actionibus, ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest: suo autem nomine, Utili actione recte utetur. *l. fin. Cod. Quando fisc. vel privat.* Diocl. et Maxim.

Casum refert Gordianus, quo necesse est ad hanc actionem recurrere. Ita ille: Data certæ pecuniæ quantitate ei cujus meministi, invicem debiti actionem tibi adversus debitorem pro quo solvisti, dicis esse mandatam; et antequam eo nomine litem contestareris sine herede creditorem fati munus implesse proponis: quæ si ita sunt, Utilis actio tibi competit (4). *l.* 1. *Cod. de Oblig. et act.*

§ 2. *De Venditione aut cessione Actionis* In rem.

XXXI. *Hactenus de cessione Actionum* In personam.

(1) Hæc est species legis: creditori meo in solutum ejus quod ipsi debebam dedi Nomen debitoris mei. Mihi pro eo Nomine data erant pignora, quæ evicta sunt et cui illud Nomen in solutum dedi: nullam eo nomine adversus me actionem habebit. Nam Venditio Nomine, seu [quod idem est] in solutum dato; venditor non præstat periculum pignorum; sed id periculum ad emptorem pertinet.

(2) Hoc maxime necessarium erat eo casu quo creditor Nomen sibi obligatum ex lege pignoris distrahit; et dominus Nominis suas actiones quæ ipso invito venduntur, mandare renuerat.

(3) Intellige Rescriptum D. Pii qui hoc Emptori Hereditatis indulserat: supra N. 2. Eadem æquitatis ratio, illud ad Emptiones Nominum produxit.

(4) Hoc casu necesse est ad hanc recurrere. Nam cum mandatum Actionis solutum sit morte mandatoris, priusquam litem contestaretur; non potes mandata actione agere.

Item Certi et indubitati Juris est, ad similitudinem ejus qui personalem redemerit Actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur; etiam eum qui In rem Actionem comparavit, eadem uti posse facultate. Cum enim ACTIONIS nomen generale sit omnium sive In rem, sive In personam Actionum; et apud veteris Juris conditores hoc nomen in omnibus pateat: nihil est tale quod differentiam in hujusmodi Utilibus actionibus possit introducere. *l.* 9. *Cod. h. t.* Justinian.

TITULUS V.

DE RESCINDENDA VENDITIONE; ET QUANDO LICET AB EMPTIONE DISCEDERE.

Rescinditur *Venditio, aut mutuo consensu re integra; aut altero invito per Sententiam judicis.*

De utraque Rescissionis specie separatis Articulis agemus.

ARTICULUS I.

De Rescissione Venditionis, quæ fit mutuo consensu.

I. Emptio nuda conventione dissolvitur (1), si res secuta non fuerit (2). *l.* 5. § 1. Jul. lib. 15. digest.

Et quidem prout convenerit, contractus vel totus resolvitur, vel pro parte.

Hinc Paulus libro 8 Digestorum Juliani notat: Si Emptio contracta sit, togæ (puta) aut lancis; et pactus sit venditor, ne alterutrius Emptio maneat; puto resolvi obligationem hujus rei nomine duntaxat. *l.* 4.

Item Conditio quæ initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest: sicuti etiam abiri a tota Emptione potest, si nondum impleta sunt quæ utrinque præstari debuerunt. *l.* 6. § 2. *ff. de Contrah. empt.* Pompon. lib. 9. ad Sabin.

Circa hanc autem Emptionis-venditionis resolutionem quæ fit mutuo consensu, quatuor quæstiones occurrunt. 1.° Qualis esse debeat consensus ille, et unde inducatur; 2.° Quorum consensus requiratur, quum hi qui contraxerunt alieno juri erant subjecti; 3.° Quando res integra videatur necne; 4.° Quas obligationes extinguat mutuus de Rescindenda Emptione-venditione consensus, re integra interpositus.

§ 1. *Qualis esse debeat mutuus consensus qui Emptionem-venditionem resolvat, et unde inducatur.*

II. *Ut mutuus consensus Emptionem-venditionem resolvat, debet esse ab utroque utiliter interpositus: alioquin ex neutra parte contractum resolvet.*

Unde de pupillo Potest quæri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit ut discedatur ab Emptione; an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset? ut scilicet ipse non teneatur (3), sed agente eo retentiones competant. Sed nec illud sine ratione dicetur, quoniam initio recte Emptio sit contracta, vix bonæ fidei convenire eo pacto stari quod alteri captiosum sit: et maxime si justo errore sit deceptus. *l.* 7. § 1. ¶ *item.* Paul. lib. 5. quæst.

III. *Is mutuus Rescindendæ Emptionis consensus, quomodocumque significari potest; et vel ex inutili acceptilatione recte inducitur.*

Hinc Julianus: Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat; voluntas utriusque ostenditur id agentis ut a negotio discedatur, et perinde habeatur ac si convenisset inter eos ut neuter ab altero quidquam peteret. Sed ut evidentius appareat; acceptilatio in hac causa, non sua natura (4), sed potestate conventionis valet. *l.* 5. Jul. lib. 15. digest.

IV. *Item ex novo contractu inducitur etiam consensus resolvendi prioris. Puta si certo pretio res empta, alio rursus ab eodem venditore ematur* (5).

Sed et si eodem pretio res iterum ematur; si posterior emptio plenior sit priore, valebit, et a priore recessum videbitur. Sin prior plenior erat, nihil agetur posteriore emptione.

Hinc Paulus: Si pupilli persona intervenit qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor jam ei obligatus fuit; tamen quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit ut invicem obligati sint (6). Quod si ante tutoris auctoritas intervenerit; deinde sine tutore emit: nihil actum est posteriore emptione. *l.* 7. § 1. Paul. lib. 5. quæst.

(1) Vid. infra lib. 46. Tit. *de Solution. et liberat.* Part. 1.

(2) Quando desinat esse integra, vid. infra § 3.

(3) Supple: venditorem autem habeat sibi obligatum: ita tamen ut agente pupillo possit venditor rem venditam retinere, et exceptione se defendere nisi pupillus pretium numeret.

(4) Ad solas enim obligationes quæ *Verbis* contractæ sunt, pertinet Acceptilatio.

(5) Vid. leg. 2. h. t. infra N. 8.

(6) Valet igitur posterior contractus, et a priori recorditur; quia posterior ex quo uterque obligatur plenior est priore ex quo ex una duntaxat parte obligatio consisterat.

Simili ratione, utiliter emitur pure, quod sub conditione emptum erat. Contra Si id quod pure emi, sub conditione (1) rursus emam; nihil agitur posteriore emptione. *d. l.* 7.

§ 2. *Quorum consensus requiratur ad resolvendam Emptionem-venditionem, quum alteruter ex contrahentibus erat alieni juris.*

V. Celsus filius putabat: Si vendidisset mihi filiusfamilias rem peculiarem: etiamsi conveniat ut abeatur ab ea Venditione, inter patrem et filium et me convenire debere: ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari. Et quæritur, utrumne nihil agatur ex ea pactione, an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus? Sicuti si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur (2), ipse quidem liberatur (3), non etiam qui cum eo pactus est. Nam quod Aristo dixit, posse ita pacisci ut unus maneat obligatus, non est verum: quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab Emptione non possit (4); Et ideo, si ab una parte renovatus sit contractus; dicitur non valere ejusmodi pactionem. Sed dicendum est, patre paciscente, et liberato adversario, filium quoque obiter liberari. *L.* 1. POMP. LIB. 15. AD SABIN.

§ 3. *Quando res videatur integra.*

VI. *Res integra videtur, quum nondum ex neutra parte obligatio impleta est aut finita.*

Non est igitur integra, si V. G. jam traditio intervenit. Unde Gordianus: Re quidem integra ab Emptione et Venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim QUOD CONSENSU CONTRACTUM EST, CONTRARIÆ VOLUNTATIS ADMINICULO DISSOLVITUR. At enim post traditionem interpositam, nuda voluntas non resolvit Emptionem; si non actus quoque priori similis (5) retro agens venditionem intercesserit. *l.* 1. *Cod. Quando liceat ab empt.*

VII. *Sed etsi merx tradita non est, quia interierit; desiit res esse integra.*

Unde Mortuo homine, perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset; utpote cum venditor liberetur, et emptori homo pereat. Quare nisi justa (6) conventio intervenerit, actiones Ex Empto et Vendito manebunt. *l.* 5. § 2. JULIAN. LIB. 15. DIGEST.

VIII. *Res etiam non est integra, si pretium numeratum est aut pars pretii.*

Hinc Si quam rem a te emi, eamdem rursus a te pluris, minorisve emero: discessimus a priore Emptione. Potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri Emptio, quasi nulla præcesserit; sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum, emptione repetita; cum post pretium solutum, infectam Emptionem facere non possumus. *l.* 2. POMPON. LIB. 24. AD SABIN.

Cave autem, cum pretio confundas quod duntaxat arrhæ nomine datum est.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Perfectam Emptionem atque Venditionem, re integra tantum, pacto et consensu posse dissolvi constat. Ergo, si quidem arrhæ nomine aurum datum sit, potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare (7). Sin vero partem pretii persolvisti; ad ea (8) quæ venditorem ex venditione oportet præstare, magis actionem, quam ad pretii quantitatem quam te dedisse significas, habes. *l.* 2. *Cod. Quando liceat ab empt.*

§ 4. *Quas actiones perimat mutuus de Rescindenda Venditione consensus, re integra utiliter interpositus.*

IX. *Hoc consensu perimuntur, et quidem ipso Jure, actiones quæ ex ipso contractu descendunt. Actiones autem quæ ex stipulationibus ex causa hujus contractus interpositis descendunt, per exceptionem eliduntur.*

Hoc docet Paulus. Ita ille: Emptio et Venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur antequam fuerit res secuta. Ideoque quæsitum est, si emptor fidejussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit: an nuda voluntate resolvatur obligatio? Julianus scripsit, Ex Empto quidem agi non posse: quia bonæ fidei judicio exceptiones Pacti insunt (9). An autem fidejussori utilis sit exceptio, videndum? Et puto liberato reo, et fidejussorem (10) liberari. Item vendito-

(1) Eodem pretio scilicet, ut recte observat Cujacius ad h. l. Nam si diverso; renovatus esset contractus, et prior Emptio Rescissa.

(2) De resolvenda Emptione quam tutore auctore contraxit.

(3) Secundum Aristonis sententiam quam mox reprobat.

(4) Supra N. 2. Nec obstat lex 56. ff. *de Pactis*: ubi dominus convenit ne a colono pensionem peteret. Nec enim ex eo sequitur, in specie legis oppositæ actum esse ut ex alterutra parte a contractu locationis-conductionis discederetur; sed tantum conventum id tantum convenit ex aliqua justa causa, ut locator mercedes sibi ex eo contractu debitas non peteret.

(5) Scilicet, oportet ut res retro vendatur et retro tradatur.

(6) Id est, legitima; puta, Aquiliana acceptilatio.

(7) *Conditione sine causa*; utpote resoluta emptione per pactum re integra interpositum, adeoque resoluta causa propter quam arrha data fuerat.

(8) Sensus est: solam habes actionem quæ ex contractu tibi quæsita est, nulla vero ex hoc pacto actio tibi competit ad pretium quod dedisti repetendum. Non potuit enim pactum Rescindere Venditionem, quia numeratione partis pretii res desierat esse integra.

(9) Id est, non necesse est eas opponere; ipso Jure liberant.

(10) Nam corruente principali obligatione, ruit accessoria.

rem Ex stipulatu agentem, exceptione summoveri oportet. Idemque Juris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit. *l.* 3. PAUL. LIB. 33. AD ED.

ARTICULUS II.

De Rescissione Venditionis, quæ fit altero invito.

§ 1. *Ex quibus causis Venditio non Rescindatur.*

X. *Regulariter, ut rescribunt Diocletianus et Maximianus*, De contractu Venditionis et Emptionis jure perfecto, alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur; nec ex Rescripto nostro. Quo Jure fiscum nostrum uti, sæpe constitutum est. *l.* 3. *Cod. h. t.*

XI. *Nec prætextu militiæ quis ad Rescindendam Venditionem altero invito auditur. Unde iidem Imperatores ita rescribunt quibusdam militibus.*

Ratas manere semper, factas jure venditiones, vestra etiam interest. Nam si oblato pretio Rescindere Venditiones facile permittatur; eveniet ut et si quid vos de laboribus vestris a fisco nostro vel a privato compararveritis, eadem lege conveniamini quam vobis tribui postulatis. *l.* 7. *Cod. h. t.*

XII. *Nec sub eo etiam prætextu Rescindi potest Venditio, quod urgente necessitate facta est.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Non idcirco minus Venditio fundi, quod hunc (ad munus sumptibus necessariis urgentibus) non viliore pretio (1) (vel urgente debito) te distraxisse contendis, rata manere debet. Ab illicitis itaque petitionibus abstinendo; ac pretium, si non integrum solutum est, petendo; facies consultius. *l.* 12. *Cod. h. t.*

Nec si affines venditoris denuntiassent emptori, ne emeret.

Hinc iidem rescribunt: Si major annis viginti quinque fundum distraxisti; propter hoc solum quod ementi, ne compararet, socer tuus denuntiavit, Emptionem factam a te Rescindi bona fides non patitur. *l.* 13. *Cod. h. t.*

XIII. *Nec etiam sub eo prætextu Rescinditur, quod emptor non præstat quod præstare tenetur. Unde iidem ita rescribunt*: Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti; nec pretium numeratum est: actio tibi pretii, non eorum quæ dedisti, repetitio competit. *l.* 8. *Cod. de Contrah. empt.*

Et alibi: Incivile atque inusitatum est quod postulas; ut mancipium quod tradidisti (et eo modo dominium ejus transtulisti) invito eo (2), ex nostro Rescripto tibi assignetur...... Sane de pretio si non hoc ante probatum fuerit re recepisse, conveni adversarium tuum. *l.* 12. *Cod. de Rei vindic.*

Et rursus: Ea conditione distractis prædiis, ut quod Reipublicæ dedebatur, qui comparavit, restitueret; venditor s se celebrata solutione, quanti interest experiri potest. Non ex eo quod emptor non satis conventioni fecit, contractus irritus constituitur. *l.* 14. *Cod. h. t.*

Consonat quod iidem rescribunt: Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad Rescindendam perfectam Venditionem, sed ad pretium exigendum competit. *l.* 6. *Cod. de Action. empti.*

XIV. *Denique adeo verum est Rescindi non posse Venditionem, ut ita rescribunt Diocletianus et Maximianus*: Non est probabilis causa propter quam Rescindi consensu factam Venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen invitus ad Rescindendam Venditionem urgeri non debet (3). *l.* 6. *Cod. h. t.*

§ 2. *Ex quibus causis Venditio altero invito possit Rescindi.*

Ex certis tamen causis contractus Emptionis-venditionis altero invito Rescindi potest.

Prima causa:

Si lex contractui ita dicta sit.

XV. *Hæc potissima causa est, quum ex lege contractus Rescinditur Emptio-venditio.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Si a te comparavit is cujus meministi; et convenit ut, si intra certum tempus soluta (4) fuerit data quantitas, sit res inempta: remitti hanc conventionem Rescripto nostro non jure petis.

Sed si se subtrahat, ut jure dominii eamdem rem retineat, denuntiationis et obsignationis depositionisque remedio, contra fraudem potes juri tuo consulere. *l.* 7. *Cod. de Pact. int. empt.*

Resolvitur etiam ex lege contractus Emptio-venditio in specie de qua ita rescribunt Carus, Carinus, et Numerianus. Cum te fundum tuum certæ rei contemplatione inter vos habita (5), exiguo pretio in alium transtulisse commemores: poterit tibi ea res non esse fraudi; quando non impleta promissi fide, dominii tui jus in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens judex, fundum cujus mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis sine ulla ludificatione, sua auctoritate

(1) Id est, quamvis urgerent necessarii sumptus aut debitum, *non viliori tamen pretio* quam sit dimidia pars justi pretii.

(2) D. Noodt censet legendum *hero*; id est, domino emptore.

(3) Idem Noodt censet in specie hujus legis traditionem fuisse secutam. Alioquin venditor rem non tradens, non posset condemnari nisi in id quod interest emptoris rem tradi: quod non potest excedere duplum.

(4) Id est, reddita a venditore emptori. Vide etiam de hoc pacto leg. 2. Cod. *de Pactis inter empt.* relatam supra lib. 2. Tit. *de Pact.* N. 37.

(5) Adeoque hoc actum est inter contrahentes; ut, nisi hæc res sequeretur, contractus esset irritus.

perficiet: præcipue cum et adversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit injuriam. *l.* 6. *Cod. de Pact. inter empt.*

Altera causa :

Si venditor ultra dimidiam justi pretii fuerit deceptus.

XVI. *Hanc causam Venditionis Rescindendæ, primi ita constituerunt Diocletianus et Maximianus.* Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum (1) est ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venumdatum recipias auctoritate judicis intercedente; vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Hæc autem læsio non ex eo solo intelligitur, quod quis rem multo minoris vendidit quam eam comparasset; ut iidem rescribunt. Ad Rescindendam Venditionem, et malæ fidei probationem, hoc solum non sufficit; quod magno pretio fundum comparatum, minoris distractum esse commemoras. *l.* 4. *Cod. h. t.*

XVII. *Minor læsio, quam dimidiæ justi pretii partis, ad Rescindendam Venditionem non sufficit.*

Hoc est quod dicitur: Res bona fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet. *l.* 54. *ff. de Contrah. empt.* Paul. lib. 1. ad Ed. Ædilium Curulium.

Hinc et Pomponius ait, In pretio Emptionis et Venditionis, naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. *l.* 16. §4. *ff. de Minorib.* Ulp. lib. 11. ad Ed.

Dolus autem et metus omnino abesse debent. Hoc enim demum casu, minorem læsionem ad Rescindendam Venditionem non sufficere, docent Diocletianus et Maximianus qui ita rescribunt. Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit; dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet; vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata Venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad Rescindendam Venditionem invalidum est. Quod si videlicet contractus Emptionis atque Venditionis cogitasses substantiam; et quod emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant; vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium: profecto prospiceres, neque bonam fidem (quæ Emptionis atque Venditionis conventionem tuetur) pati, neque ullam rationem concedere, Rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia justi pretii quod fuerat tempore venditionis, datum esset; electione jam emptori præstita, servanda. *l.* 8. *Cod. h. t.*

Quum autem abest dolus in emptore, non ideo magis attendetur læsio minor dimidia, quod venditor dicat pretium rei se ignorasse. Ita enim rescribunt Gratianus, Valens, et Theod. Quisquis major ætate prædia etiam procul posita distraxerit, paulo vilioris prætii nomine, repetitionis rei venditæ copiam minime consequatur. Neque enim inanibus immorari sinatur objectis; ut vires locorum sibimet causetur incognitas, qui familiaris rei scire vires vel merita atque emolumenta ante debuerat. *l.* 15. *Cod. h. t.*

XVIII. *Illud superest observandum; quod, Rescissa per Sententiam judicis Venditione, dominium rei venditæ nonnisi post restitutum emptori pretium ad venditorem reverti potest.*

Hoc docet Scævola. Fundus qui Lucii Titii erat, ob vectigal Reipublicæ venit. Sed cum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum, eum minore venisset fundus quam debita summa esset; Præses provinciæ (2) Rescidit Venditionem (3), eumque restitui jussit Lucio Titio. Quæsitum est an post Sententiam Præsidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emptus esset? Respondit: Non, priusquam emptori pretium esset illatum; vel, si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset. *l.* 9. lib. 4. digest.

(1) An hæc lex quæ venditori succurrit, trahenda sit ad emptorem qui duplo pluris emisset? Videtur eadem æquitas occurrere, quum verum pretium ignoravit. At autem venditori, etiam quum verum pretium sciebat, succurri debeat; quia ad hoc necessitate rei familiaris potuit adduci; disputant interpretes. Vid. Vinnium *Select. Quæst.* l. 56.

(2) Imo hoc videtur pertinere ad jurisdictionem Procuratoris Cæsaris: l. 3. Cod. *de Jure fisci.* Solve: Forte in hac specie Præses utroque munere et *Præsidis* et *Procuratoris* fungebatur; ut in Judæa Pontius-Pilatus: Procurante *Pontio-Pilato Judæam,* Luc III. 1. *Pontio-Pilato Præside,* Matth XXVII. 2.

(3) Ex aliqua causa quam tacet, quia de hoc non erat quæstio.

TITULUS VI.

DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITÆ.

I. Post perfectam venditionem, omne Commodum et Incommodum quod Rei Venditæ contingit, ad emptorem pertinet. *l.* 1. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

Igitur Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cujus Periculum sit. Nam perfecta emptione Periculum ad emptorem respicit. *l.* 8. PAUL. LIB. 38. AD ED.

Et statim quidem illud patet quod Si id quod vænierit appareat quid, quale, quantumve sit, et pretium; et pure vænit; perfecta est emptio. *d. l.* 8. § *et si id.*

Cæterum ut hæc magis innotescant, videndum 1.º *Quando perfecta videatur emptio omnium rerum, præter eas quæ pondere, numero, aut mensura constant, quum pure facta est; et quem spectet Periculum et Commodum earum rerum venditarum;* 2.º *Quando perfecta sit venditio earum rerum quæ pondere, numero, aut mensura constant; et quem Periculum spectet;* 3.º *Transibimus ad venditiones sub conditione contractas; et quæremus quem Periculum et Commodum spectet rerum sub conditione venditarum;* 4.º *Agemus de Periculo rerum quæ alternative vænierunt.* 5.º *Denique agemus de pactis circa Periculum Rei Venditæ interpositis.*

§ 1. *De Periculo et Commodo rerum pure Venditarum; præter eas quæ pondere, numero, aut mensura constant.*

II. *Hæ Venditiones statim perfectæ sunt, atque de pretio convenit. Statim igitur Periculum earum emptorem spectat.*

Hinc Gordianus: Quum inter emptorem et venditorem, contractu sine scriptis (1) initio, de pretio convenit; moraque (2) venditoris in traditione non intercessit: Periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Consequens est quod scribit Paulus. Lucius Titius prædia in Germania trans Rhenum emit, et partem pretii intulit. Cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur; quæstionem retulit, dicens has possessiones ex Principali præcepto partim distractas, partim Veteranis in præmia assignatas. Quæro an hujus rei Periculum ad venditorem pertinere possit? Paulus respondit, Futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere: et ideo, secundum ea quæ proponuntur, pretium prædiorum peti posse. *l.* 11. *ff. de Evict.* PAUL. LIB. 6. RESPONS.

III. *Ut Periculum, similiter et Commodum statim spectat emptorem.*

Hinc Id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem, vel periit; ad emptoris Commodum incommodumque pertinet. Nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, Periculum esset emptoris. Sic igitur et Commodum ejus esse debet. *l.* 7. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Nam SECUNDUM naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda. *l.* 10. *de Reg. Jur.* PAUL. LIB. 1. AD SABIN.

IV. *Cum omne detrimentum aut Commodum spectet emptorem; hinc servis cum peculio distractis, si quid domino venditori cœperunt debere, cum hinc imminuatur peculium, hoc detrimentum spectabit emptorem.*

Unde Africanus: Servus quem a me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit, interierit; nihilominus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum, ait: id est, ipso Jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet quod debitor meus ex causa Condictionis (3) sit factus. Nam licet, si jam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino Condictionem eo nomine De peculio non haberem (4), aut eatenus haberem quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset; tamen in proposito et retentionem me habiturum: et si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim, posse me condicere. Secundum quæ, dicendum est: si nummos quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris, et consumpseris; Condictio eo nomine mihi adversus te competat, quasi res mea ad te Sine causa pervenerit. *l.* 30. *ff. de Act. empt.* AFRICAN. LIB. 3. QUÆST.

(1) Nam quum convenit ut in scripturam redigatur contractus; videtur hoc actum ut, nonnisi quum scriptura intervenerit, perficiatur contractus: aut vid. supra Tit. *de Contr. empt.* N. 2. adeoque interim nondum perfecto contractu, Periculum non potest spectare emptorem.

(2) Mora venditoris transfert Periculum in venditorem, at et in quemvis debitorem. Vid. infra lib. 19. Tit. *de Usuris*, Part. fin.

(3) Tantum enim ex hac causa servus mihi naturaliter debet, quantum *Condictione furtiva* possem condicere si liber homo furtum fecisset. Porro peculium non æstimatur nisi deducto quod debet.

(4) Nam ex delictis servorum non dantur actiones *De peculio*, nisi quatenus ex hoc delicto peculium locupletius est.

V. *Ex regula quam statuimus, sequitur etiam quod* Celsus libro 8 *(Digestorum)* scribit : Fundi quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti; et antequam traderes, coactus es Communi dividundo judicium accipere : Si socio fundus sit adjudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori præstabis. Quod si tibi fundus totus adjudicatus est, totum (inquit) eum emptori trades; sed ita ut ille solvat quod ob eam rem Titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem quam vendidisti, pro evictione cavere debes; ob alteram autem, tantum de dolo malo repromittere. Æquum est enim eamdem esse conditionem emptoris, quæ futura esset si cum ipso actum esset Communi dividundo. Sed si certis regionibus fundum inter te et Titium judex divisit; sine dubio partem quæ adjudicata est, emptori tradere debes. *l.* 13. § 17. *ff. de Act. Empt.* ULP. LIB. 32. AD ED.

VI. *Cum perfecta venditione statim omne Commodum et incommodum quod circa rem contingit, emptorem spectet : hinc* Habitationem oneribus morte libertorum finitis, emptor domus ob eam causam venditori non tenebitur (1); si nihil aliud convenit quam ut habitationes, secundum defuncti voluntatem super pretium, libertis præstarentur. *l.* 18. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Hinc vice versa; Mortis casus ancillæ distractæ, etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam, non ad venditorem, sed ad emptorem pertinet : et hac, non ex præterito vitio (2), rebus humanis exempta, solutionem pretii emptor non recte recusat. *l.* 6. *Cod. h. t.*

VII. *Rerum quæ pure vænierint, Periculum spectat emptorem statim atque vænierunt; quamvis sub lege metiendi venditio facta sit; quum ea res est quæ per se certam finitionem habet, nec ex his sit quæ natura sua mensura constant.*

Hinc In libro 7 Digestorum Juliani Scævola notat : Fundi nomine emptor agere non potest; cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit. *l.* 10. § 1. ULPIAN. LIB. 8. DISPUT.

VIII. *Quod hactenus diximus, Periculum Rei Venditæ statim atque perfecta est venditio, spectare emptorem; sic accipe, nisi culpa venditoris damnum in re vendita contingat, aut post moram venditoris.*

Culpæ exemplum habes, si venditor aliquid periculosi servo imperavit : et quidem in culpa est, etiamsi hoc solebat imperare.

Hinc quum Labeo dixisset : Si servus quem vendideras, jussu tuo aliquid ferit, et ex eo crus fregit; ita demum ea res tuo Periculo non est, si id imperasti quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti quod etiam non vendito servo imperaturus eras : Paulus, Minime. Nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur. Puta enim, eum fuisse servum qui per catadromum (3) descendere, aut in cloacam (4) demitti solitus esset. Idem juris erit, si eam rem imperare solitus fueris quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit. Quid si hoc exceptum fuerit (5)? Tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset si non væniisset; veluti, si ei imperasti ut ad emptorem iret, qui peregre esset. Nam certe ea res tuo Periculo esse non debet. Itaque tota ea res ad dolum malum duntaxat et culpam venditoris dirigenda est. *l.* 54. *ff. de Act. Empt.* LABEO LIB. 2. PITHANON.

In culpa etiam videtur venditor quod rem, ut debebat, non custodierit.

Qualis autem custodia ab eo desideretur; docet Gaius.

Si res vendita per furtum perierit : prius advertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat. Si nihil appareat convenisse; talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet : quam si præstiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet; ut tamen scilicet Vindicationem rei et Condictionem exhibeat emptori. *l.* 35. § 4. *ff. de Contrah. empt.* GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Obiter nota quod subjicitur : Unde videbimus in personam ejus qui alienam rem vendiderit; cum is nullam Vindicationem aut Condictionem (6) habere possit; an ob id ipsum damnandus sit? Et certe ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre. *d.* § 4.

Exemplum curæ ac custodiæ quam circa rem venditam debet venditor adhibere, hoc afferri potest. Nimirum Venditor domus antequam eam tradat, Damni Infecti stipulationem interponere debet : quia, antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam præstare debet; et pars est custodiæ diligentiæque, hanc interponere stipulationem. Et ideo, si id neglexerit, tenebitur emptori. *l.* 36. *ff. de Act. Empt.* PAUL. LIB. 7. AD PLAUT.

IX. *Observandum est, venditorem culpam suam duntaxat præstare, non culpam aliorum; adversus quos tamen, actiones suas cedere tenebitur.*

Unde Si venditor habitationem exceperit ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus; magis esse Servius putabat, Ex

(1) Hæc enim liberatio, ejus commodo cedit.

(2) Ex aliquo vitio de quo venditor tenebatur.

(3) Gothofredus existimat, esse funem extentum ex edito loco in inferiora demissum.

(4) Ejus purgandæ causa.

(5) Ne posset venditor quid ei imperare, unde mali aliquid posset contingere : multo magis erit in culpa venditor, si imperaverit. *Tamen et hoc casu est aliquid quod ei imperare potest, etc.*

(6) Nam *Condictio furtiva* sicut et *Vindicatio*, soli domino competunt : ut vid. supra lib. 13. Tit. *de Condict. furt.*

Vendito actionem. Denique Tubero ait, Si iste colonus damnum dederit, emptorem Ex Empto agentem cogere posse venditorem ut Ex locato cum colono experiatur: ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat. *l.* 13. § 30. *ff. de Act. Empt.* ULP. LIB. 32. AD ED.

Et quidem nec servorum suorum culpam præstabit venditor, si ipse culpa vacet.

Unde Alfenus interrogatus, Si vendita insula combusta esset; cum incendium sine culpa fieri non possit, quid Juris sit? Respondit: Quia sine patrisfamilias culpa fieri potest: neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit. Quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda quam debent homines frugi ac diligentes præstare; si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. *l.* 11. ALFENUS-VARUS LIB. 2. DIGEST.

X. *Sed nec propriam culpam omni tempore præstat. Nam* Illud sciendum est, quum moram emptor adhibere cœperit, jam non culpam, sed dolum malum tantum præstandum a venditore. *l.* 17. POMPON. LIB. 31. AD Q. MUCIUM.

Multo magis, postquàm res tradita est. Unde Paulus, Materia empta, si furto periisset postquam tradita esset; emptoris esse Periculo respondit; si minus (1), venditoris. Videri autem trabes traditas, quas emptor signasset (2). *l.* 14. § 1. PAUL. LIB. 3. EPITOM. ALFENI DIGEST.

Similiter Lectos emptos Ædilis, cum in via publica positi essent, conscidit. Si traditi essent emptori, aut per eum stetisset quominus traderentur; emptoris Periculum esse placet. *l.* 12. IBID.

Obiter nota: Eumque cum Ædili, si id non jure fecisset, habiturum actionem Legis Aquiliæ (3); aut certe (4) cum venditore Ex Empto agendum esse, ut is actiones suas quas cum Ædili habuisset, ei præstaret. *l.* 13. JULIAN. LIB. 3. AD URSEIUM FEROCEM.

Quod si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset quominus traderentur; venditoris Periculum erit. *sup. d. l.* 14.

TRADITAM *rem hic accipimus, non tantum quum vere tradita est, sed et quum quomodocumque detineri res ab emptore cœperit.*

Hinc quamvis Servi emptor, si eum conductum rogavit donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit; quoniam non videtur traditus, is cujus possessio per locationem retinetur a venditore: Periculum ejus servi ad emptorem pertinet; quod tamen sine dolo (5) venditoris intervenerit. *l.* 16. JAVOL. LIB. 7. EX CASSIO.

§ 2. *De Periculo et Commodo earum rerum Venditarum quæ pondere, numero, aut mensura constant.*

XI. In his quæ pondere, numero, mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento; modo ea servantur quæ in cæteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio; modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio quam si admensa et appensa annumeratave sint. *l.* 35. § 5. *ff. de Contrah. empt.* GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Priori observationi locus est, in his quæ PER AVERSIONEM (6) *vænierunt.* Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum, quantumcumque esset, uno pretio vænierit; idem Juris est quod in cæteris rebus. *d.* § 5.

Hinc Modestinus: Res aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad Periculum emptoris pertinebit; etiamsi res assignata non sit. *l.* 62. § 2. *ff. de Contrah. empt.* LIB. 5. REGULARUM.

Igitur V. G. quum vinum per aversionem vænüt; Si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum: quemadmodum si vinum esset effusum, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. *l.* 1. ULP. LIB. 27. AD SABIN.

Similiter Gaius: Si vina quæ in doliis erunt, vænierint; eaque antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint; si quidem de bonitate eorum affirmavit venditor, tenebitur emptori. Quod si nihil affirmavit, emptoris erit Periculum; quia sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet. Plane si, quum intelligeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque in eum diem quo tolli deberent, non admonuit emptorem; tenebitur (7) ei, quanti ejus interesset admonitum fuisse. *l.* 15. GAIUS LIB. 2. RERUM QUOTIDIANARUM.

XII. *Et quod dicimus eas res quum per aversionem vænierunt, esse emptoris Periculo; eamdem etiam exceptionem patitur quam superiore § circa cæteras res retulimus; scilicet ut excipiendum sit illud damnum, quod culpa venditoris contingeret; puta, quod rem, ut par erat, non custodierit, aut quod post moram ejus contigit.*

(1) Id est, si non tradita esset, Periculum erit venditoris; scilicet nisi doceat furtum citra suam culpam contigisse.

(2) In rebus quæ non facile moventur, obsignatio pro traditione est: secus in his quæ facile moventur, ut infra videb. N. 18.

(3) Scilicet si jam ipsi fuissent traditi. Nam hæc actio soli domino datur; ut vid. supra lib. 9. Tit. *ad Leg. Aquil.*

(4) Quod si non fuissent traditi; actio *Legis Aquiliæ* venditori utpote adhuc domino competit: sed emptor aget *Ex Empto*, ut venditor illam sibi præstet.

(5) Venditor hoc casu de dolo duntaxat tenetur. Cum enim res sit quomodocumque penes emptorem, ipse debet eam servare emptor.

(6) Vernacule dicimus, *en Bloc et en tas.* Venditio dicitur fieri *aversione;* quasi ab aversis, id est, parum attente considerantibus.

(7) Dolus enim est, hoc vitium reticuisse. Vid. infra lib. 19. Tit. *de Action. Empti.*

Non tamen in perpetuum culpam et custodiam præstare debet venditor.

Enimvero Vino per aversionem vendito, finis custodiæ est evehendi tempus. Quod ita erit accipiendum, si adjectum tempus est. Cæterum si non sit adjectum, videndum ne infinitam custodiam non debeat venditor? Et est verius, secundum ea quæ supra ostendimus, aut interesse quid de tempore actum sit; aut denuntiare ei ut tollat vinum. Certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet evehi vinum. *l.* 4. § 2. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Quod Si et per emptorem et venditorem mora fuisset quominus vinum probaretur et traderetur; perinde esse *(Labeo)* ait, quasi si per emptorem solum stetisset. Non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso moram faciente emptore. *l.* 51. *ff. de act. Empt.* Labeo lib. 5. posteriorum a Javolen. epitom.

Hac in re autem Labeonem Pomponius notat. Ita ille: Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit; Labeo quidem scribit, emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam. Sed videndum est ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem, et non dederit id quod emeram; deinde posteriore offerente illo, ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset; deinde quum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit quum posset se exsolvere; æquum est posteriorem moram venditori nocere. *l.* 17. *¶ quod si* Pompon. lib. 3. ad Q. Mucium.

XIII. *Hactenus de casu quo res quæ pondere, numero, aut mensura constant; vænierint per aversionem.*

Quod si vinum ita vænierit, ut in singulas amphoras; item oleum, ut in singulas metretas; item frumentum, ut in singulos modios; item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur: quæritur, quando videatur emptio perfici? Quod similiter scilicet quæritur et de his quæ numero constat, si pro numero corporum pretium fuerit statutum.

Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, quum annumerata, admensa, appensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios quos quasve admensuraveris, aut in singulas libras quas appenderis, aut in singula corpora quæ annumeraveris. *l.* 35. § 5. *¶ quod si vinum. ff. de Contrah. empt.* Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

Ergo et si grex vænierit; si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio; eadem erunt quæ proxime tractavimus. *d. l.* 35. § 6.

Sed et si ex doliario pars vini vænierit, veluti metretæ centum; verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne Periculum ad venditorem pertinere. Nec interest, unum pretium omnium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulas eas. *d. l.* 35. § 7.

Idem ait Ulpianus, Sed et custodiam (1) ad diem mensuræ venditor præstare debet. Priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum vænit: post mensuram factam, venditoris desinit esse Periculum; et ante mensuram Periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras (2) vel etiam singula dolia. *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 27. ad Sabin.

His quæ diximus consonat quod rescribit Alexander: Quum convenit ut singulæ amphoræ vini certo pretio væneant; antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, Periculum vini mutati, emptoris qui moram mensuræ faciendæ non interposuit, non fuit. Cum autem universum quod in horreis erat positum, vænisse sine mensura, et claves emptoribus traditas alleges: post perfectam venditionem, quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet. Hæc omnia locum habent, non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum, vel his similia vænierint; et ea aut deteriorata, aut penitus corrupta fuerint. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Tandiu autem Periculum venditorem respicit, donec res appensæ, admensæ, annumeratæve fuerint, aut emptor in mora fuerit.

Hinc Paulus: Si per emptorem steterit quominus ad diem vinum tolleret; postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo præstari. Si verbi gratia amphoræ centum ex eo vino quod in cella esset, vænierint Si admensum est; donec admetiatur, omne Periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat. *l.* 5. Paul. lib. 5. ad Sabin.

XIV. *Hactenus de lege admetiendi, appendendi, annumerandi. Est alia res quæ suspendit harum rerum venditionem; scilicet lex* Degustandi: *ita ut donec degustatio facta sit, aut emptor in mora fuerit, res sit Periculo venditoris.*

Hinc Ulpianus: Si aversione vinum venit, custodia tantum præstanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum vænit ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem præstare debere; sed omne Periculum ad emptorem pertinere. Difficile autem est, ut quisquam sic emat ut ne degustet. Quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emptor poterit; et quoad-

(1) D. Noodt putat hanc vocem *custodiam* Ulpiano per imprudentiam excidisse pro *Periculum*. Enimvero ante mensuram, omne Periculum spectat venditorem; nec potest emptorem spectare, cum nondum sit emptio perfecta, nondum sit quod vænierit.

(2) Id est, vendidit per aversionem quidquid in amphoris, quidquid in doliis esset.

degustaverit, Periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit. Dies enim degustationi [non (1)] præstitutus, meliorem conditionem emptoris facit. *l.* 4. § 1. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Imo et post hunc diem, Periculum venditorem respiciet; si per eum factum est quominus degustaretur. Hoc docet Ulpianus. Ita ille : Si quis vina vendiderit, et intra diem certum degustanda dixerit; deinde per venditorem steterit quominus degustarentur: utrum præteritum duntaxat Periculum acoris et mucoris venditor præstare debet; An vero etiam die præterito; ut, si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi præteriit, Periculum ad venditorem pertineat? An vero magis emptio sit soluta, quasi sub conditione vænierit; hoc est, si ante diem illum fuissent degustata? Et intererit quid actum sit. Ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici emptionem manere: Periculum autem ad venditorem respicere, etiam ultra diem degustando præfinitum; quia per ipsum factum est. *d. l.* 4.

XV. *Observandum circa legem degustandi; venditionem sub hac lege factum, donec impleatur; adhuc magis imperfectam esse quam venditionem factam sub lege metiendi: si quidem emptor potest abire ab emptione, si non probaverit vinum.*

Hoc est quod ait Paulus : Alia causa est degustandi, alia metiendi. Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat: mensura vero non eo proficit ut aut plus aut minus væneat, sed ut appareat quantum ematur. *l.* 34. § 5. *ff. de Contrah. empt.* PAUL. LIB. 33. AD ED.

Observandum superest circa vinum et res similes; quod, quum emptor est in mora eas tollendi, venditor ab earum Periculo (quum ad mensuram aut sub lege degustandi vænierunt), aut ab onere eas custodiendi (quum per aversionem vænierunt) non solum liberatur: verum interdum Licet venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum est. Effundere autem non statim poterit; priusquam testato denuntiet emptori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum ut vinum effunderetur. Si tamen, quum posset effundere, non effudit; laudandus est potius. Eapropter mercedem quoque doliorum potest exigere. Sed ita demum si interfuit ejus inania esse vasa, in quibus vinum fuit: veluti si locaturus ea fuissset, vel si necesse habuit alia conducere dolia Commodius est autem conduci vasa, nec reddi vinum; nisi quanti conduxerit, ab emptore reddatur: aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare ut quam minime detrimento sit ea res emptori. *l.* 1. § 3. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Quod Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quidquam convenerit; id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria. Quod si non sint evacuata, faciendum quod Veteres putaverunt; per corbem venditorem mensuram facere, et effundere. Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset non appareat; videlicet ut appareret quantum emptori perierit. *d. l.* 1. § *fin.*

Hoc ita verum est, si is est venditor cui sine nova vindemia non sint ista vasa necessaria. Si vero mercator est, qui emere vina et vendere solet; is dies spectandus est quo ex commodo venditoris tolli possint. *l.* 2. GAIUS LIB. 2. QUOTIDIANARUM RERUM.

§ 3. *De Periculo et Commodo Rei Venditæ, in venditionibus conditionalibus.*

XVI. *Qualicumque re sub conditione vendita, si pendente conditione res pereat venditori. Si duntaxat deterior fiat, existente postea conditione damnum est emptoris.*

Hoc docet Paulus. Ita ille : Quod si sub conditione res vænierit; si quidem defecerit conditio, nulla est emptio: sicuti nec stipulatio. Quod si extiterit; Proculus et Octavenus, emptoris esse Periculum, aiunt. Idem Pomponius libro 9 probat.

Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit; constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse: quasi jam contracta obligatione in præteritum. Quod si pendente conditione res tradita sit: emptor non poterit eam usucapere Pro emptore: et quod preti solutum est, repetetur; et fructus medii temporis venditoris (2) sunt: sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta (3) fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta; potest dici, esse damnum emptoris. *l.* 8. ¶ *quod si sub conditione.* PAUL. LIB. 33. AD ED.

Rem pendente conditione venditori perire, liquet etiam ex eo quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Cum speciem venditam per violentiam ignis absumptam dicas; si venditionem nulla conditio suspenderat, amissæ rei Periculum te non astringit. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Hæc obtinent in venditionibus conditionalibus. Non est autem venditio conditionalis in specie sequenti.

Si ita vænierit; ESTO ILLE SERVUS EMPTUS, SIVE NAVIS EX ASIA VENERIT, SIVE NON VENERIT: Julianus putat, statim perfectam esse venditionem;

(1) Hanc negationem recte a Cujacio [Observ. XXIII 34.] restitutam censeo; quamvis nonnulli dissentiant, ut Wissenbach. etc. In hoc autem melior conditio emptoris; quod *die non præstituto*, Periculum venditoris est in infinitum donec emptor constituatur in mora degustandi. Contra quum dies præstitutus est, intra hunc diem duntaxat Periculum est venditoris.

(2) Si conditio defecerit, aut res pendente conditione extincta sit.

(3) Non potest enim conditio existens confirmare emptionem aut stipulationem ejus quod non est.

quoniam certum sit eam contractam esse. *sup. d. l.* 8. § 1.

§ 4. *De Periculo rerum quæ alternative venierunt.*

XVII. Si emptio ita facta fuerit, Est mihi emptus Stichus aut Pamphilus: in potestate est venditoris, quem velit dare; sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est. Et ideo prioris Periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed etsi pariter decesserunt, pretium debebitur: unus enim utique Pericolo emptoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emptoris fuit arbitrium quem vellet habere: si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet; non et illud, an emptum haberet. *l.* 34. § 6. *ff. de Contrah. empt.* Paul. lib. 33. ad Ed.

§ 5. *De pactis circa Periculum Rei Venditæ.*

XVIII. *Quæ superioribus §§ diximus obtinere circa Periculum Rei Venditæ, ita obtinent nisi aliud inter contrahentes convenerit. Servanda enim sunt quæ ea de re pacta habita sunt.*

Igitur quamvis, regulariter, quum vinum aut quid simile per aversionem et citra legem degustandi vænit, Periculum omne statim spectet emptorem: tamen Si venditor se Periculo subjecit, in id tempus Periculum sustinebit quoad se subjecit. Quod si non designavit tempus, eatenus Periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum; videlicet quasi tunc plenissime væneat quum fuerit degustatum. Aut igitur convenit quoad Periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit: aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit. Sed etsi nondum sunt degustata, signata tamen ab emptore vasa vel dolia; consequenter dicemus, adhuc Periculum esse venditoris: nisi si aliud convenit. *l.* 1. § *sed si venditor.* Ulp. lib. 28. ad Sabin.

Nec enim videntur tradita, ex eo solo quod signata sint. Hac de re tamen lis fuit apud Veteres. Nam Si dolium signatum sit ab emptore; Trebatius ait, traditum id videri (1). Labeo contra: quod et verum est. Magis enim ne summutetur, signare solere; quam ut tradere (2) tum videatur. *d. l.* 1. § 2.

Nec solum certam Periculi speciem (puta, circa bonitatem rei venditæ) in se recipere venditor potest; sed etiam quosvis casus fortuitos, etiam eos qui infrequentes sunt. Hinc Labeo: Frumenta quæ in herbis erant, quum vendidisses; dixisti te si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum. Ea frumenta nives corruperunt. Si immoderatæ fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis; agi tecum Ex Empto poterit. *l.* 78. § 3. *ff. de Contrah. empt.* lib. 4. poster. a Javol. epitom.

XIX. *Vice versa in venditionibus quæ ad pondus aut numerum fiunt, in quibus tanquam nondum perfectis Periculum regulariter spectat venditorem donec res admensæ, appensæ, annumeratæve sint; pactum intervenire potest ut ad hanc diem res non sint venditoris Periculo, sed duntaxat custodiam in his præstet.*

Custodiam (3) autem ante admetiendi diem, qualem præstare venditorem oporteat; utrum plenam, ut et diligentiam præstet, an vero dolum duntaxat videamus? Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum (vel vis magna) sit excusatum. *l.* 2. § 1. Gaius lib. 2. rerum quotidianarum.

Igitur Custodiam venditor talem præstare debet, quam præstant hi quibus res commodata est; ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet. *l.* 3. Paul. lib. 5. ad Sabin.

XX. *Item quamvis regulariter obtineat in venditionibus conditionalibus, rem pendente conditione perire venditori: tamen* Si in venditione conditionali hoc ipsum convenisset, ut res Periculo emptoris servaretur; puto pactum valere. *l.* 10. Ulp. lib. 8. disput.

(1) Hucusque textus Sabini; qui in Veterum verba jurabat. Ulpianus autem refert et probat sententiam Labeonis Proculeianorum principis; qui hac in re a præceptore suo Trebatio dissentit.

(2) Secus in rebus magni ponderis, ut sunt trabes; in his enim obsignatio pro traditione est; ut vid. supra N. 10.

(3) De casu quo talis conventio intervenisset, has leges accipiendas esse recte censet D. Noodt. Regulariter enim, venditione ad mensuram facta, omne Periculum ante mensuram spectat venditorem; cum nondum sit quod venierit.

TITULUS VII.

DE SERVIS EXPORTANDIS; VEL SI ITA MANCIPIUM VÆNIERIT UT MANUMITTATUR, VEL CONTRA.

In *hoc Titulo agitur de quibusdam pactis quæ in Venditionibus Mancipiorum frequentantur; et quibus proprium est ut rem afficiant, ita ut nonnisi cum causa hujuscemodi pacti ab emptore alienari possit.*

Circa ea pacta videbimus 1.° *Quæ hujuscemodi pacta probentur, necne;* 2.° *Quæremus an his recte adjiciatur stipulatio pœnalis;* 3.° *Agemus de pacto* Injectionis manus, *quod his solet adjici;* 4.° *Videbimus an ex his pactis possit agi* Ex vendito, *et ad quid;* 5.° *Denique, an venditor possit ea remittere.*

§ 1. *Quæ pacta circa Venditionem Mancipiorum probentur necne.*

I. *Maxime probantur hujuscemodi pacta, quæ ideo interponuntur ut Mancipio quod vænit consulatur. Tale est illud quo convenit* Ut manumittatur; *de quo videb. infra lib.* 40. Qui sine manumissione.

Tale est etiam illud quo convenit Ne ancilla vendita prostituatur. *De quo ita Alexander:* Eam quæ ita vænit Ne corpore quæstum faceret; nec in caupona sub specie ministrandi prostitui, ne fraus legi dictæ fiat, oportet. *l.* 3. *Cod. Si mancip. ita væn.*

Si adversus pactum fuerit factum, ancilla in libertatem vindicatur.

Hinc idem rescribit: Mulierem quam ita vænisse allegas Ne prostituatur, aut si prostituta fuerit libera esset; per officium militare exhiberi apud tribunal oportet: ut, si controversia referatur de pacto (quod si verum est, libertas mulieri existente conditione competit), agatur causa apud eum cujus de ea re notio est. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

Ita tamen in libertatem vindicatur, nisi venditor sibi in hunc casum pactus esset Injectionem manus: *de qua videb. infra* § 3.

II. *Quædam etiam pacta probantur, quæ ideo interponuntur ut mancipium quod vænit, coerceatur. Tale est pactum* Ne manumittatur: *de quo infra lib.* 40. *Tit.* Qui ad libert. perven. non poss.

Tale est etiam pactum, quo convenit ut Mancipium ab aliquo loco Exportetur, *aut* Ne in certo loco moretur.

Circa hoc pactum observa quod; is Cui pacto venditoris pomerio cujuslibet civitatis interdictum est, urbe etiam interdictum esse videtur. Quod quidem alias cum Principum Mandatis præciperetur, etiam naturalem habet intellectum: ne scilicet qui caret minoribus, fruatur majoribus. *l.* 5. Papin. lib. 10. quæst.

Simili ratione: Qui Exportandus a domino de civitate sua vænit, nec in orbe Roma morari debet: qui autem de provincia certa, nec in Italia. *l.* 5. *Cod. si serv. Export.* Alexander.

At contra vice versa, Exportandus si vænierit ab Italia, in provincia morari potest; nisi specialiter prohibitum fuerit. *l.* 2. Marcian. lib. 2. publicorum.

III. *Hoc pactum* Exportationis *obstat quominus servus qui sub ea lege vænüt, possit in locis prohibitis manumitti.*

Unde Alexander: Ancilla quæ Exportanda vænit, nec Exportata est; sed ab emptore in eadem civitate morante empta et manumissa est; adversus legem venditionis libera fieri non potuit: et ideo aditus a te Procorator meus, partibus suis fungetur. *l.* 3. *Cod. si serv. Export.*

In locis autem non prohibitis utiliter manumittitur. Cæterum si post manumissionem in loca prohibita venerit, in servitutem a fisco vindicatur.

Hoc Severus et Antoninus rescribunt: Lege venditionis Exportata Mancipia sub denuntiatione manus injiciendæ, libertatem ab emptore vel qui successit in locum ejus, antequam fides rumpatur, accipere possunt. Quæ tamen a fisco post manumissionem vindicantur, et in perpetuam servitutem eadem lege veniunt; quum in his civitatibus conversantur quas contrahentes exceperunt.

Ante manumissionem vero (1), injiciendæ manus facultas (2) non denegatur; atque ideo non petuntur in publicum. *l.* 1. *Cod. d. tit.*

IV. *Enumeravimus pacta quæ Mancipii quod vænit coercendi causa interponere licet. Cæterum* Domini neque per se neque per procuratores suos

(1) Supple: si voluntate domini in locis prohibitis morentur.

(2) Quum eam pactus est venditor; de qua ra infra § 3.

possunt saltem (1) criminosos servos vendere ut cum bestiis pugnarent : et ita Divi Fratres rescripserunt. *l.* 42. *ff. de Contr. empt.* MARCIAN. LIB. 1. INSTIT.

§ 2. *An hujuscemodi pactis possit utiliter adjici stipulatio pœnalis.*

V. *Pacto* Ut servus manumittatur, *inutiliter adjici stipulationem pœnalem rescribunt Diocletianus et Maximianus. Ita illi :* Si puellam ea lege vendidisti ut manumitteretur; et, si manumissa non esset, centum aurei præstarentur : non servata fide, nihilominus eam raptam ex vestigio servitutis ad libertatem quæ præstari potuit, constitit (2). Nec pecunia quasi rupta fide suscepta (3) recte petetur : cum non mutata venditoris voluntate (4), conditionis potestatem (5) post manumittentis factum repræsentari optima ratione placuit. *l.* 6. *Cod. Si Mancip. ita fuerit alien. ut manum.*

VI. *Inutiliter etiam adjicitur stipulatio pœnalis pacto* Ne servus manumittatur.

Cæteris autem pactis, puta illi Ne ancilla prostituatur, *utiliter adjicitur : ut docet Papinianus. Ita ille :*

Si venditor ab emptore caverit, Ne serva manumitteretur neve prostituatur; et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur, aut libera judicetur, et ex stipulatu pœna petatur : Doli exceptionem quidam obstaturam putant; Sabinus, non obstaturam. Sed ratio faciet ut Jure non teneat stipulatio; si, NE MANUMITTERETUR, exceptum est. Nam incredibile est, de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficii cogitatum (6). Cæterum si NE PROSTITUATUR, exceptum est; nulla ratio occurrit, cur pœna peti et exigi non debeat: cum et ancillam contumelia affecerit, et venditoris affectionem forte simul et verecundiam læserit. Etenim alias, remota quoque stipulatione, placuit ex Vendito esse actionem. *l.* 6. PAPINIAN. LIB. 27. QUÆST.

Sed et his quæ coercendi Mancipii causa fiunt, utiliter adjicitur stipulatio pœnalis; puta pacto Ne Mancipium in certo loco moretur.

De quo pacto ita Severus et Antoninus : Si ut manus injectionem haberes, cavisti tibi; jure tuo uti potes. Quod si hoc omisisti, et pœnam stipulatus es; homo quidem fisco commissus est, tu vero nactus es Ex stipulatu actionem. In omnibus tamen quæritur, an domini voluntate in locum prohibitum venerit. *l.* 2. *Cod. Si serv. export.*

§ 3. *De pacto* Injectionis manus.

VII. *His pactis de quibus agimus, solet adjici pactum; ut, si contra factum fuerit, liceat venditori manum injicere in Mancipium, illudque sibi abducere.*

Hoc pactum, non secus ac illa quibus adjicitur, Mancipium afficit. Hinc Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, Ne prostituatur; et, si, contra factum esset, uti liceret ei abducere : etsi per plures emptores Mancipium cucurrerit, ei qui primo vendidit, abducendi potestas sit. *l.* 56. *ff. de Contrah. empt.* PAUL. LIB. 50. AD EO.

VIII. *Si et prior et posterior venditor pacti sint ut manum injicere liceret; quæstio est, uter venditor potior esse deberet? Hanc quæstionem ita proponit ac solvit Paulus :* Titius servum vendidit ea lege ut, si Romæ moratus esset, manus injicere liceret. Emptor alii eadem lege vendidit : servus fugit a secundo emptore, et Romæ moratur. Quæro an sit manus injectio, et cui? Respondi: In fugitivo non est dubitandum, nihil contra legem factum videri; quia nec domino auferre se potest; nec qui in fuga est, ibi moratur. Quod si ex voluntate secundi emptoris contra legem moratus sit: potior habendus est, qui auctor fuit legis; et posterior magis admonendi emptoris et liberandi se, eamdem legem repetierit; nec poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris, cujus conditio extitit. Nam et si pœnam promisisset, teneretur; licet ipse quoque stipulatus esset. Sed in pœna promissa duæ actiones sunt; manus autem injectio in servum competit. Quod si prior ita vindidit, Ut prostituta libera esset; posterior, Ut manus injicere liceret: POTIOR EST LIBERTAS, QUAM MANUS INJECTIO. Plane si prior lex, manus habeat injectionem; posterior, libertatem : favorabilius dicetur, liberam fore; quoniam utraque conditio pro Mancipio additur; et sicut manus injectio, ita libertas eximit eam injuriam (7). *l.* 9. PAUL. LIB. 5. QUÆST.

§ 4. *An et quatenus* Ex Vendito *agi possit, eo nomine quod adversus ea pacta factum sit.*

IX. *Hac in re Papinianus distinctione usus erat. Et pactis coercendi servi causa interpositis agi non*

(1) *Saltem* hic sumitur pro *etiam.*

(2) Ipso Jure, elapso tempore ad libertatem pervenit ex Constitutione D. Marci : ut videb. infra lib. 40. Tit. *Qui sine manum. ad libert.*

(3) Sensus est, nec pecunia stipulatione pœnali promissa petetur, quasi emptor fidem susceptam ruperit, et stipulatio commissa sit, ex eo quod non manumiserit servum; nam cum Lex factum emptoris suppleverit, et servus ad libertatem perductus sit, non videtur fides emptoris rupta, nec stipulatio commissa.

(4) Si ante tempus elapsum venditor mutasset voluntatem, et legem remisisset; cessaret Constitutio D. Marci.

(5) Vitiosa lectio; quam ita recte emendat Cujacius : *conditionis potestate manumittentis factum repræsentari;* id est, suppleri vi ipsa conditionis.

(6) Porro hæc manumissio contra legem venditionis facta, effectu caret; adeoque non debet stipulationem committere.

(7) Alias, *eximit eam ab injuria.*

posse Ex Vendito *credebat, nisi pecuniariter venditoris interesset : ex illis vero quibus servo consulebatur, posse solius affectionis ratione*, Ex Vendito *agi admittebat. Ita ille :*

Servus ea lege vænit ne in Italia esset : quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem ut pœnam præstaret emptor. Vix est ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit; acturus (1) utiliter, si non servata lege in pœnam quam alii promisit inciderit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit quatenus alii præstare cogitur. Quidquid enim excedit; pœna, non rei persecutio est.

Quod si, Ne pœnæ causa Exportaretur, convenit; etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur hæc inter se contraria esse; CUM BENEFICIO AFFICI HOMINEM INTERSIT HOMINIS. Enimvero POENÆ NON IRROGATÆ INDIGNATIO SOLAM DURITIAM CONTINET. *l.* 7. PAPIN. LIB. 10. QUÆST.

Postea Papinianus sententiam mutavit, et admisit ut indistincte posset ex pactis Ex Vendito *agi. Ita ille :*

Si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est, fecisset aut non fecisset; nobis aliquando placebat, non alias Ex Vendito propter pœnam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniæ ratione venditoris interesset; veluti quia pœnam promisisset : cæterum viro bono non convenire, credere venditoris interesse quod animo sævientis satisfactum non fuisset. Sed in (2) contrarium me revocat Sabini sententia; qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo vænisse videatur (3). *l.* 6. § 1. PAPIN. LIB. 27. QUÆST.

X. *Illud constat, ex his pactis agi non posse si ex intervallo apposita sint; cum nulla ex pacto, quod circa adminicula contractus versatur, ex intervallo apposito, nascatur actio : ut vid. supra lib.* 2. *Tit.* de Pactis. *N.* 34.

Hinc Quæsitum est, si quis proprium servum vendidisset, et ut manumitteretur intra certum tempus præcepisset; ac postea mutasset voluntatem (4), et emptor nihilominus manumisisset; an aliquam eo nomine actionem haberet? Dixi? Ex Vendito actionem manumisso servo, vel mutata venditoris voluntate, evanuisse (5). *l.* 8. PAPIN. LIB. 27. QUÆST.

§ 5. *An venditor hæc pacta remittere possit.*

XI. *Venditor ipse qui legem dixit, potest eam emptori remittere.*

Hinc Si fuerit distractus servus NE aliquo loci moretur : qui vendidit, in ea conditione est ut possit legem remittere, ipse Romæ retinere. Quod et Papinianus libro 3 respondit : Propter domini enim (inquit) securitatem custoditur lex, ne periculum subeat. *l.* 1. ULP. LIB. 32. AD ED.

XII. *Excipiendum est pactum* Ne ancilla prostituatur; *hanc enim legem venditor remittere non potest : sed si consenserit prostitutioni, privatur injectione manus quam sibi pactus erat, et ancilla in libertatem vindicatur.*

Sic enim Alexander : Præfectus Urbi amicus noster, eam, quæ ita væniit ut si prostituta fuisset abducendi potestas esset, ei cui secundum Constitutionem D. Hadriani id competit, abducendi impertiet facultatem. Quod si eum patientiam accommodasse contra legem quam ipse dixerat ut in turpi quæstu mulier haberetur, animadverterit; ei libertate competente secundum interpretationem ejusdem Principis, perduci eam ad Prætorem cujus de liberali causa jurisdictio est, ut ibi lis ordinetur, jubebit. *l.* 1. *Cod. Si Mancip. ita væn. ne prostit.*

Obiter nota : Nec enim tenor legis quam semel comprehendit, intermittitur; quod dominium per plures emptorum personas ad primum qui prostituit, sine lege simili pervenerit. *d. l.* 1. *Cod.*

(1) Vendidi tibi servum *Ut in Italia non moraretur*; et pœnæ nomine centum mihi extra stipulationem promisisti. Passus est servum morari in Italia. Si solius vindictæ ratione intersit, non potero petere pœnam : verum si a Titio a quo eum emeram, hæc centum ego stipulatione interposita promiseram, si in Italia servus moraretur; cum hoc casu pecuniæ ratione mea intersit, potero a te petere.

(2) Perperam in conciliandâ hac l. 7. § 1. cum l. 9. laboratur : cum ipse Papinianus fateatur se sententiam mutasse : nec id indecorum VIRO EXCELSI INGENII Papiniano.

(3) Adeoque hæc pœna videtur supplere pretium quo homo venditus est, et esse pars pretii. Unde sequitur, peti posse actione *Ex Vendito*.

(4) Contrarium pactum fecisset cum emptore, *Ut non manumitteretur.*

(5) Scilicet nullam actionem venditori competere, ob hoc quod contra fidem posterioris pacti emptor servum manumiserit. Duæ rationes sunt : tum quia nihil ejus interest; tum quia ex pacto ex intervallo apposito, nulla nasci actio potest.

LIBER DECIMUS-NONUS.

TITULUS I.

DE ACTIONIBUS EMPTI ET VENDITI.

PRÆMISSIS *in superiore libro quæ de ipso Emptionis-venditionis contractu, et de pactis quæ huic adjiciuntur, dicenda erant; deveniunt Pandectarum ordinatores ad actiones quæ ex eo nascuntur.*

Nascitur autem utrinque ex hoc contractu actio; scilicet VENDITI *adversus venditorem, ut præstet emptori rem habere licere;* EMPTI *adversus emptorem, ut pretium venditori solvat.*

I. *Interdum tamen claudicat contractus, et ex una duntaxat parte obligat.*

Nam Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit; ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum autem sibi non obligat (1). *l.* 13. § 29. ULP. LIB. 32. AD ED.

Aliud exemplum habes. Quæritur enim, Si quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an possit agere Ex Empto? Et puto, hactenus (2) ut aut stetur emptioni, aut ut discedatur. *d. l.* 13. § 27.

Sed et si quis minorem viginti quinque annis circumvenerit; et huic hactenus dabimus actionem Ex Empto, ut diximus in superiore casu. *d. l.* 13. § 28.

De actione Empti *primum agemus, deinde de actione* Venditi.

(1) Vid. infra lib. 26. Tit. *de Auctor. tutor.*

(2) Claudicabit igitur contractus. Quamvis enim emptor obligetur præcise ad pretium solvendum; vicissim me obligatum non habebit ad præstandam ei rem venditam: sed *hactenus* poterit agere, ut aut stare teneat emptioni aut ab ea discedere.

PRIMA PARS.

De actione EMPTI.

SECTIO I.

Cui et adversus quem competat; et quæ in ea movenda ab actore requirantur.

§ 1. *Cui et adversus quem actio* Empti *competat.*

II. Ex EMPTO actione is qui emit, utitur. *l.* 11. ULP. LIB. 32. AD ED.

Non inspicitur itaque cujus pecunia comparatum sit, sed quis emerit.

Hinc rescribunt Diocletianus et Maximianus: Qui aliena pecunia comparat; non ei cujus nummi fuerunt, sed sibi, tam actionem Empti, quam dominium si ei fuerit tradita possessio, quærit (1). *l.* 8. *Cod. Si quis alteri vel sibi.*

Hoc adeo verum est ut, quamvis non suum sed alienum negotium gerens quis emat, actionem sibi quærat; non vero ei cujus negotium gerit, nisi hujus juri subjectus sit.

Hoc patet ex sequenti Rescripto Diocletiani et Maximiani. Cum per eos qui negotia tua gerebant olei materiam te comparasse, contractusque fidem pretio suscepto rupisse venditorem proponas; si quidem Ex Empto (his qui juri tuo subjecti fuerant contrahentibus) tibi quæsita est actio, vel per te, vel per eum cui mandaveris (2): sin vero sui juris constituti, secundum mandatum tuum hunc contractum habuerunt, ac sibi Empti quæsierunt actionem; per eos vel quibus illi dederint mandatum, adi competentem judicem: qui secundum bona fidem, quæ in hujusmodi contractibus observari solet, satisfieri providebit. *l.* 7. *Cod. d. tit.*

III. *Directa quidem actio, nonnisi ei qui ipse*

(1) Ratio evidens est: actionem ex contractu habere non potest, nisi is qui contraxit.

(2) Supple: *adi judicem*, ut mox infra.

emit, datur: utiles autem actiones ei cujus procurator emit, et adversus eum accommodantur.

Hinc Si procurator vendiderit et caverit emptori; quæritur an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus libro 3 Responsorum putat, cum domino Ex Empto agi posse utili actione, ad exemplum Institoriæ actionis; si modo rem vendendam mandavit. Ergo et per contrarium dicendum est, utilem Ex Empto (1) actionem domino competere. *l.* 13. § 25. Ulp. lib. 32. ad Ed.

IV. *Vidimus cui competat actio* Empti. *Adversus venditorem autem competit. Sed cave cum venditore confundas, eum qui duntaxat consensit venditioni rei suæ quam alter venderet. Nam* Aliud est vendere, aliud venditioni consentire (2). *l.* 160. *de Reg. Jur.* Ulp. lib. 76. ad Ed.

An autem quis vendiderit, an duntaxat consenserit venditioni, ex circumstantiis æstimatur: ut in specie sequenti. Quidam ex parte dimidia heres institutus, universa prædia vendidit; et coheredes pretium acceperunt. Evictis his, quæro an coheredes Ex Empto actione tenerentur? Respondi, Si coheredes præsentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse (3). *l.* 12. *ff. de Eviction.* Scævola lib. 2. respons.

Si is qui duntaxat consensit venditioni, non tenetur actione Ex Empto; *multo minus is qui duntaxat per errorem consensit.*

Hinc Scævola: Titius Seii procurator, defuncto Seio, ab eo scriptus heres, quum ignoraret (4), fundum vendente servo hereditario quasi procurator subscripsit. Quæsitum est, an cognito eo priusquam emptio perficeretur (5), a venditione discedere possit? Respondit, Titium si non ipse vendidit, non idcirco actionibus civilibus (6) teneri quod servo vendente subscripserat; sed servi nomine, Prætoria actione (7) teneri. *l.* 8. *ff. de Rescind. vend.* Scævola lib. 2. respons.

§ 2. *Quæ requirantur ab emptore, quum agit actione* Ex Empto.

V. *Integrum* Offerri pretium venditori ab emptore debet, quum Ex Empto agitur. Et ideo etsi pretii partem offerat, nondum Ex Empto est actio: venditor enim quasi pignus (8) retinere potest eam rem quam vendidit. *l.* 13. § 8. Ulp. lib. 32. ad Edict.

Consonat quod ait Scævola: Hereditatis venditæ pretium pro parte accepi. Reliquum emptore non solvente, quæsitum est an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur? Respondit, Nihil proponi cur non teneantur (9). *l.* 22. *ff. de Hered. vend.* lib. 2. respons.

His consequens est quod scribit Labeo: Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio; duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit, partem Familiæ erciscundæ judicio servabit: nec si partem solvat, Ex Empto cum venditore aget; quoniam ita contractum æs alienum dividi non potuit. *l.* 78. § 2. *ff. de Contrah. empt.* lib. 4. posteriorum a Javoleno epitomat.

Similiter quum servus plurium dominorum emit, Marcellus ait, Non posse alterum ex dominis consequi actione Ex Empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit. Et hoc in emptoribus servari oportere ait: nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat. *l.* 31. § 8. *de Ædil. Edict.* Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædilium-Curulium.

VI. *Adeo verum est nonnisi oblato pretio emptorem* Ex Empto *agere posse, ut hoc obtineat quamvis beneficio alicujus Legis debitores debitis suis liberati sint.*

Ita enim Labeo: Bona fides non patitur ut, quum emptor alicujus Legis (10) beneficio pecuniam rei venditæ debere desiisset, antequam res ei tradatur; venditor tradere compelletur et re sua

(1) Id est, actionem *Venditi*, seu *Ex Vendito-empto*; quæ interdum appellatur *Ex Empto* simpliciter: sicut vice versa [in l. 26. ff. *de Eviction.* et alibi passim] actio *Empti* seu *Ex Empto-vendito* appellatur, quæ dici deberet actio *Ex Vendito.*

(2) Qui vendit, se obligat ut habere liceat emptori; et hac actione tenetur. Qui duntaxat consentit venditioni; hoc tantum promittit, se adversus emptorem rem non petiturum; alienatque omne jus quod in ea habet. Cæterum non se obligat ad præstandum emptori ut ipsi liceat habere.

(3) Tacito consensu qui ex ipsorum præsentia et ex pretio recepto merito colligitur.

(4) Mortem Seii.

(5) Per traditionem scilicet. Nam si sciente eo res tradita esset, non posset ab hac venditione quam servus ejus contraxit discedere. Si enim rem vindicaret, summoveretur Exceptione *Rei* ex voluntate ejus *venditæ et traditæ.*

(6) Id est, actione *Empti* suo nomine.

(7) *De peculio* scilicet.

(8) Si proprie loquamur, res vendita non potest esse pignori venditori, cum adhuc ipsius sit: res autem sua nemini pignori esse potest, ut videb. infra lib. 20. Tit. *Quæ res pign. dar.* Verum habet eam rem quasi pignus; quia, sicut creditor habet jus retinendi pignus donec solidum quod ipsi debetur consequatur; ita venditor rem quam vendidit retinere potest, donec universum pretium exsolutum sit.

(9) Hoc abusive dicitur, et eo sensu quo diximus in Not. præcedenti.

(10) Accipe de legibus promulgatis novarum Tabularum, quibus sedandæ alicujus seditionis gratia plebs ære alieno exuebatur. Talium Legum exempla apud Livium, item apud Cæsarem lib. 3. *de Bell. civil.*

careret. Possessione autem tradita, futurum est ut rem venditor æquo amitteret; utpote eum petenti eam rem, emptor exceptionem Rei venditæ et traditæ objiciat (1): ut perinde habeatur ac si petitor ei neque vendidisset neque tradidisset. *l.* 50. Labeo lib. 4. poster. a Javolen. epitom.

VII. *Quemadmodum emptor non potest agere* Ex Empto *ut res sibi tradatur; nisi offerat pretium quod debet; ita nec potest agere* Ex Empto *propter evictionem rei, nisi compenset quod ex pretio debet.*

Unde quæritur, si pars sit pretii soluta, et res tradita postea evicta sit; utrum ejus rei consequetur pretium integrum Ex Empto agens, an vero quod numeravit? Et puto magis id quod numeravit, propter Doli exceptionem (2). *l.* 13. § 9. Ulp. lib. 32. ad Ed.

SECTIO II.

Quid veniat in actione Ex Empto.

VIII. Et imprimis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci quod præstari convenit. Cum enim sit bonæ fidei judicium, nihil magis bonæ fidei congruit quam id præstari quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate. *l.* 11. § 1. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Enimvero In vendendo fundo quædam, etiamsi non condicantur (3), præstanda sunt; veluti ne fundus evincatur aut ususfructus ejus: quædam, ita demum si dicta sint; veluti viam, iter, actum, aquæductum præstitum iri. Idem et in servitutibus urbanorum prædiorum. *l.* 66. *ff. de Contrah. empt.* Pompon. lib. 3. ad Q. Mucium.

Ut igitur sigillatim tractemus de his quæ in hoc judicium veniunt, primo Sectioni hujus Capite expendemus ea quæ huic judicio naturaliter insunt. Cumque id præcipue insit, ut venditor præstet emptori habere licere rem quæ venit; sæpissime autem quæratur, quid pars rei venditæ esse videri debeat et emptorem sequi; de utraque ea re, in duobus primis Articulis agemus.

Jam vero cum obligatio præstandi emptori rem habere licere, hæc quatuor contineat; 1.° Ut venditor emptorem in vacuam rei possessionem inducat; 2.° Ut faciat quominus emptori res evincatur; 3.° Ut præstet abesse in re ea vitia per quæ inutiliter haberetur; et 4.° Ut abstineat ab eo per quod res vendita emptori redderetur inutilis: de his singulis, in tribus sequentibus Articulis agemus.

In Articulo sexto tractabimus de cautione, sive Duplæ, sive alia qualibet, quam hoc judicio venditorem emptori exhibere solitum est: in Septimo, de præstatione doli mali quæ etiam huic judicio naturaliter inest: in Octavo, de præstatione fructuum et omnis causæ rei venditæ; necnon de usuris pretii quod re evicta restituendum est.

His quæ naturaliter huic judicio insunt, ita absolutis; pergemus ad ea quæ ex aliqua speciali lege contractus præstanda hoc judicio veniunt: agemusque 1.° De his quæ præstanda veniunt circa qualitatem quantitatemve rei quam venditor affirmavit; et de præstatione ejus quod circa diem locumve traditionis venditor promisit; 2.° De præstatione eorum quæ venditioni accessura convenit. Hoc erit hujus Sectionis alterum Caput.

Quæri etiam posset, an et quando in hoc judicium veniat ut rescindatur contractus. Verum de ea re egimus supra lib. 2. *Tit.* de Pactis. *N.* 35 et 37.

IX. *Antequam autem de his omnibus separatim agamus; generaliter observabimus quod*, Etsi uno pretio plures res emptæ sint, de singulis Ex Empto et Vendito agi potest. *l.* 33. Ulp. lib. 23. ad Ed.

Sed et quum una res vendita est; ex singulis causis ex quibus actioni Ex Empto *locus est, separatim agi potest.*

Cæterum recte Neratius ait, Propter omnia hæc satis esse quod plurimum est præstari: id est, ut sequentibus actionibus deducto (4) eo quod præstitum est, lis æstimetur. *l.* 11. § 10. Ulp. lib. 23. ad Ed.

CAPUT PRIMUM.

De his quæ naturaliter insunt judicio Empti.

ARTICULUS I.

Quid sit præstare emptori rem habere licere.

X. Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere. Quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum: si non fuit, tantum Evictionis nomine venditorem obligat; si modo pretium est numeratum, aut eo

(1) Finge: Rem venditam tradidit venditor emptori; dein hæc Lex novarum Tabularum promulgata est. Venditor qui fide non habita de pretio rem suam tradidit, adeoque hujus dominium non transtulit, eam vindicat. Si emptor objiciat ei exceptionem *Rei venditæ et traditæ*, nec pretium offerat; futurum erit pariter ut venditor re et pretio careat; quod iniquum est. Emptor igitur nisi offerat pretium, hac exceptione uti non debet: *Ut perinde habeatur, etc.*

(2) Dolo enim faceret, si vellet consequi quanti res est, nec deducere quod ipse ex pretio debet. Deducendum igitur quod debet ex pretio: et sic non supererit nisi quantum numeravit. Nota hanc exceptionem inesse bonæ fidei judicio, nec necesse eam opponi.

(3) *Condicere* hic, est dicere ea de quibus inter contrahentes convenit; a particula conjunctiva *Cum* et Verbo *dicere*.

(4) Puta: si actum sit eo nomine quod servus venditus esset fugitivus, et postea agatur eo nomine quod evictus fuerit; deducetur quod emptor ex priori actione est consecutus.

nomine satisfactum. *l.* 11. § 1. Ulp. lib. 32. ad Edict.

Igitur Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere : ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit. *l.* 25. § 1. *ff. de Contr. empt.* Ulp. lib. 34. ad Sabin.

Enimvero sufficit ut præstet emptori rem habere licere. Habere *autem* duobus modis dicitur; altero, jure dominii; altero, obtinere sine interpellatione id quod quis emerit. *l.* 188. *ff. de Verb. signif.* Paul. lib. 33. ad Ed.

Et hoc posteriori sensu habere licere præstabit venditor, etsi dominus non sit; modo circa ea omnia quæ emptorem sequi debent, præstet evictionem, dolum malum, et generaliter quidquid huic obligationi naturaliter inesse modo supra diximus, et ex subjectis declarabitur Articulis.

ARTICULUS II.

Quid videatur rei venditæ pars esse, et emptorem sequi debere.

Huic potissimum quæstioni locus est, quum ædes venierunt, aut fundus, aut sylva cædenda, aut mancipium, aut navis.

§ 1. *Quæ videantur pars Ædium, et harum emptorem sequantur.*

XI. Ædibus distractis vel legatis, ea esse ædium solemus dicere quæ quasi pars ædium sunt, vel propter ædes habentur.

Ut puta, Puteal (*l.* 13. § *fin.* Ulp. lib. 32. ad Ed.) : Id est, quo puteus aperitur. *l.* 14. Pompon. lib. 31. ad Q. Mucium.

Labeo *autem* generaliter scribit, Ea quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse : quæ vero ad præsens, non esse ædificii.

Ut puta; fistulæ temporis quidem causa positæ, non sunt ædium : veruntamen si perpetuo fuerint positæ, ædium sunt. *l.* 17. § 7. Ulp. lib. 32. ad Edict.

Et de fistulis perpetuo positis accipe quod ait Celsus. Firmus a Proculo quæsiit, Si de plumbeo castello (1) fistulæ sub terram missæ aquam ducerent in aenum (2) lateribus circumstructum; an hæ ædium essent, an (3) ut ruta-cæsa vineta fixaque, quæ ædium non essent? Ille rescripsit, Referre quid acti esset. Quid ergo si nihil de ea re neque emptor, neque venditor cogitaverunt; ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet? Nonne propius (4) est ut inserta et inclusa ædificio, partem ejus esse existimemus? *l.* 38. § 2. Celsus lib. 8. digest.

Igitur Castella plumbea, putea (5) opercula puteorum, epitonia (6) fistulis applumbata aut quæ terra continentur, quamvis non sunt affixa, ædium esse constat. *sup. d. l.* 17. § 8.

XII. *Non ideo minus autem castellum emptione continebitur, quod in lege contractus contrahentes expresse caverint ut fistulæ emptioni accederent et de castello tacuerint. Ita enim Labeo :* Fistulas emptori accessoras in lege dictum erat. Quærebatur an castellum ex quo fistulis aqua duceretur accederet? Respondi, Apparere id actum esse ut id quoque accederet, licet scriptura non continetur. *l.* 78. *ff. de Contrah. empt.* lib. 4. posterior. a Javolen. epitom.

Similiter Lines (7), et labra (8), salientes (9), fistulæ quoque quæ salientibus junguntur, quamvis longe excurrant extra ædificium; ædium sunt : item canales. *l.* 15. Ulpian. lib. 32. ad Edict.

Item constat, sigilla (10), columnas quoque, et personas ex quarum rostris aqua salire solet, villæ esse. *l.* 17. § 9. Idem.

Rota quoque per quam aqua traheretur, nihilominus ædificii est quam situla. *l.* 40. § 6. *ff. de Contrah. empt.* Paul. lib. 4. Epitom. Alfeni digest.

XIII. Quæ tabulæ pictæ pro tectorio includuntur; item quæ crustæ marmoreæ; ædium sunt. *sup. d. l.* 17. § 3.

Labeo ait : Prothyrum (11) quod in ædibus interdum fieri solet, ædium est. *l.* 245. § 1. *ff. de Verb. signif.* Pompon. lib. 10. Epistolarum.

Dolia in horreis defossa, si non sint nominatim in venditione excepta, horreorum venditioni ces-

(1) *Castella* sunt aquarum conceptacula, ex quibus aqua deducitur.

(2) Cujacius intelligit lebetem in quo calefit aqua ad lavandum.

(3) Id est; an hæ fistulæ annumerentur Rutis-cæsis quæ ædium non sunt; an potius vinctis et fixis? *Ruta-cæsa* dicuntur, quasi eruta et concisa; quidquid solo et ædibus non tenetur; adeoque ædium non est.

(4) Id est, vero *propius*.

(5) Forte legendum, *putealia, id est, opercula, etc.*

(6) Epitonia, *Les Pompes.*

(7) Græci intelligunt lacus aquam continentes. Budæus in *Annot. ad Pandect.* vult legi *funes*, et intelligit funes haustorios.

(8) Budæus ibidem ait, *labra* esse cratores lapideos quibus aqua saliens ex siphunculis concipitur.

(9) Budæus *salientes* interpretatur esse capita fistularum atque etiam ipsas fistularum scaturigines quæ et Siphunculi dicuntur, ab aquæ expressione tanquam ex siphone salientis. Cujacius [Observ. II. 2.] ait esse personas lapideas ex quarum rostris aqua salit.

(10) *Sigilla* Budæus interpretatur, signa seu simulacra ædiculis collocata parietum honestandi causa; vel simulacra, columnarum abacis insidentia.

(11) Quid sit, non satis constat. Cujacius interpretatur, Tabulatum quod opponitur ostio ut excludat ventum irrumpentem dum valvæ aperiuntur : *un Contre-huis* [*espèce de Tambour.*]

sisse videri (1). *l.* 76. *ff. de Contrah. empt.* PAUL. LIB. 6. RESPONS.

Granaria quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et cæsis (2) cedunt. *l.* 18. JAVOLEN. LIB. 7. EX CASSIO.

Dolia fictilia, item plumbea quibus terra aggesta est, et in his viridaria posita; ædium esse, Labeo, Trebatius, putant. Ita id verum puto, si ita illigata sint ædibus ut ibi perpetuo posita sint. *l.* 26. *ff. de instruct. fund. leg.* JAVOLEN. LIB. 5. EX POSTERIOR. LABEONIS.

Plumbum quod tegulis poneretur ædificii esse ait Labeo: sed id quod hypetri (3) tegendi causa poneretur (4), contra esse. *l.* 242. § 2. *ff. de Verb. signif.* JAVOLEN. LIB. 2. EX POSTERIOR. LABEONIS.

Straturam *autem* loci alicujus ex tabulis factis quæ æstate tollerentur, et hyeme ponerentur; ædium esse ait Labeo, quoniam perpetui usus paratæ essent: nec ad rem pertinere quod interim tollerentur. *d. l.* 242. § 4.

XIV. *Circa affixa quæ ædium esse diximus, illud observandum; quod* Ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur, ædificii sunt.

At quæ parata sunt ut imponantur, non sunt ædificii. *l.* 17. § 18. ULP. LIB. 32. AD ED.

Item quod insulæ causa paratum est, si nondum perfectum est, quamvis positum in ædificio sit; non tamen videtur ædium esse. *d. l.* 17. § 5.

Igitur V. G. Tegulæ quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamvis tegendi gratia allatæ sunt, in rutis et cæsis habentur. Aliud Juris est in his quæ detractæ sunt ut reponerentur: ædibus enim accedunt. *l.* 18. § 1. JAVOLEN. LIB. 7. EX CASSIO.

XV. *Hactenus de affixis; aut quæ, quum affixa fuissent, detracta sunt ut reponerentur.* Ædium autem multa esse quæ ædibus affixa non sunt, ignorari non oportet; ut puta, seras, claves, claustra. *sup. d. l.* 17. § *ædium.*

XVI. *Jura servitutum ædibus debita, pars ædium sunt.*

Igitur Si aquæductus debeatur prædio; et jus aquæ transit ad emptorem, etiamsi nihil dictum sit: sicut et ipsæ fistulæ per quas aqua ducitur (*l.* 47. *ff. de Contrah. empt.* ULP. LIB. 29. AD SABIN.); Licet extra ædes sint. *l.* 48. *d. tit.* PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Et quanquam jus aquæ non sequatur, quod amissum est; attamen fistulæ et canales, dum sibi sequuntur, quasi pars ædium ad emptorem perveniunt: et ita Pomponius libro 1 putat. *l.* 49. *d. tit.* ULP. LIB. 29. AD SABIN.

XVII. *Vidimus quæ pars ædium videri debeant.*

Ædium autem non sunt, quæ magis ad eas instruendas quam ad earum integritatem pertinent; et magis propter patremfamilias quam propter ædes habentur.

Unde Reticuli circa columnas, plutei circa parietes, item cilicia vela; ædium non sunt. *l.* 17. § 4. ULPIAN. LIB. 32. AD ED.

Hinc etiam Statuæ affixæ basibus structilibus, aut tabulæ religatæ catenis aut erga parietem affixæ, aut si similiter cohærent lychni (5), non sunt ædium: ornatus enim ædium causa parantur, non quo ædes perficiantur. *l.* 245. *ff. de Verb. signif.* POMPON. LIB. 10. EPISTOLARUM.

XVIII. *Recensuimus res de quibus quæri potest, an sint pars ædium, an earum duntaxat instrumentum, In specie sequenti quæri potuisset, an res sit pars cæterarum ædium, an vicinarum.*

Quæstionem autem ita definit Neratius. Quod conclave binarum ædium dominus ex aliis ædibus in aliarum usum convertit; non solum si contignatio qua id sustinebitur, orietur ex parte earum ædium in quarum usum conversum erit, earum fiet; sed etiam si transversa contignatio tota in aliarum ædium parietibus sedebit. Sed et Labeo in libris Posteriorum scribit, Binarum ædium dominum utrisque porticum superposuisse: inque eam aditu ex alteris ædibus dato, alteras ædes servitute oneris porticus servandæ imposita vendidisse: Totam porticum earum ædium esse, quas retinnisset; cum per longitudinem utriusque domus extensa esset transversæ contignationi, quæ ab utraque parte parietibus domus quæ vænisset, sustineretur. Nec tamen consequens est ut superior pars ædificii quæ nulli conjuncta sit, neque aditum aliunde habeat, alterius sit quam cujus est id cui superposita est. *l.* 47. *ff. de Damn. infect.* NERATIUS. LIB. 6, MEMBRAN.

§ 2. *Quæ* Fundi *venditi pars esse videantur, et hujus emptorem sequantur.*

XIX. Pisces qui sunt in piscina (6), non sunt ædium nec fundi. *l.* 15. § *fin.* ULP. LIB. 32. AD EDICT.

Non magis quam pulli aut cætera animalia quæ in fundo sunt. *l.* 16. PAUL. LIB. 31. AD Q. MUCIUM.

(1) Contrarium dicitur infra N. 19. de vasis vinariis in cella defixis. Cujacius ad l. 206. ff. *de Verb. signif.* respondet, separanda esse horrea, a villa et fundo. Ideo dolia horreorum pars videntur; quia horrea seu apothecæ mercibus servandis destinatæ, dolia seu thecas in quibus merces condantur, in se complecti videntur.

(2) Quid sint *Ruta et Cæsa*, vid. supra N. 11. Not. (3) et infra N. 20.

(3) *Hypætra*, subdiales ambulationes.

(4) Puta, vela cilicia ad arcendum solem, ventum, pluviam.

(5) *Des Lustres.*

(6) *Dans un Réservoir.* Secus de illis qui sunt in lacu stagnove, ut multiplicentur et crescant, reditumque afferant.

Enimvero FUNDI nihil est, nisi quod terra se tenet. *l.* 17. ULP. LIB. 32. AD ED.

Observa tamen circa hanc regulam; 1.° Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villæ haberi: ut puta, vasa vinaria (1), torcularia; quoniam hæc instrumenti magis sunt, etiamsi ædificio cohærent. *d. l.* 17. ¶ *multa.*

2.° *Ab hac regula excipi debere stramenta et sterculinum. Nam* Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta emptoris et legatarii sunt. *d. l.* 17. § 2.

In sterculino autem, distinctio Trebatii probanda est: ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur; si vendendi, venditorem: nisi si aliud actum est.

Nec interest in stabulo jaceat, an acervus sit. *d.* § 2. ¶ *fin.*

Regulæ autem nostræ consequens est quod ibidem dicitur.

Ligna autem venditoris vel heredis *sunt;* quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. *d. l.* 17. § 2. ¶ *ligna autem.*

Item Pali qui vineæ causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt. *d. l.* 17. § 11.

Nota: Sed qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt. *d.* § 11.

XX. *Et generaliter omnia eruta et cæsa ex fundo, fundi non sunt. Unde* Quintus Mucius scribit: Qui scripsit; RUTA-CÆSA, QUÆQUE ÆDIUM FUNDIVE NON SUNT; bis idem scriptum. Nam ruta-cæsa ea sunt, quæ neque ædium neque fundi sunt. *l.* 66. § 2. *ff. de Contrah. empt.* POMPON. LIB. 31. AD Q. MUCIUM.

Hinc Ulpianus: SI RUTA ET CÆSA excipiantur in venditione; ea placuit esse RUTA, quæ eruta sunt, ut arena, creta, et similia; CÆSA ea esse, ut arbores cæsas, et carbones, et his similia. Gallus autem Aquilius cujus Mela refert opinionem, recte ait, Frustra in lege venditionis de Rutis et cæsis contineri: quia, si non specialiter vænierunt, Ad exhibendum de his agi potest. Neque enim magis de materia cæsa aut de cæmentis aut de arena cavendum est venditori, quam de cæteris quæ sunt pretiosiora. *sup. d. l.* 17. § 6.

Vidimus RUTA-CÆSA *non esse partem fundi. Porro* In Rutis-cæsis ea sunt quæ terra non tenentur, quæque (2) opere structili tectoriove non continentur *l.* 241. *ff. de Verb. signif.* Q. MUCIUS SCÆVOLA LIB. SINGULARI.

XXI. Sed et vinum et fructus perceptos, villæ non esse constat. *sup. d. l.* 17. § 1.

Contra: Fructus pendentes, pars fundi videntur. *l.* 14. *ff. de Rei vindic.* GAIUS LIB. 29. AD EDICT. PROVINC.

§ 3. *Quæ* Sylvæ cædendæ *venditæ pars esse videantur, et emptorem sequantur.*

XXII. Sylva cædua in quinquennium vænierat. Quærebatur, quum glans decidisset, utrius esset? Scio Servium respondisse, Primum sequendum esse quod apparet actum esse. Quod si in obscuro esset; quæcumque glans ex his arboribus quæ cæsæ non essent, cecidisset, venditoris esse; eam autem quæ in arboribus fuisset eo tempore quum hæ cæderentur emptoris. *l.* 80. § 2. *ff. de Contrah. empt.* LABEO LIB. 5. POSTERIORUM A JAVOLEN. EPITOM.

§ 4. *Vendito* Mancipio, *quæ emptorem sequantur.*

XXIII. *Circa peculium venditi mancipii, dubium fuit an emptorem sequi debet. Respondit Sabinus:* Quoties servus vænit, non cum peculio distrahitur. Et ideo (3) sive non sit exceptum sive exceptum sit ne cum peculio væneat, non cum peculio distractus videtur. Unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta, condici potest; videlicet quasi furtiva. Hoc ita, si res ad emptorem pervenerit. *l.* 29. *ff. Contrah. empt.* ULP. LIB. 43. AD SABIN.

Sed Ad exhibendum agi posse nihilominus, et Ex Vendito, puto. *l.* 30. *d. tit.* ULP. LIB. 32. AD EDICT.

Sed et si quid postea accessit peculio, reddendum est venditori; veluti partus, et quod ex operis vicarii perceptum est. *l.* 31. *d. tit.* POMPON. LIB. 22. AD SABIN.

§ 5. *Quæ videantur pars esse* Navis.

XXIV. *Alfenus* Scapham non videri navis partem esse respondit; nec quicquam conjunctum habere: nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse. Omnia autem quæ conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antennæ, velum, quasi membra navis esse. *l.* 44. *ff. de Evict.* LIB. 2. DIGEST. A PAULO EPITOM.

Malum navis esse partem, artemonem (4) autem non esse, Labeo ait: quia pleræque naves sine malo inutiles essent, ideoque pars navis habetur. Artemo autem magis adjectamento quam pars navis est. *l.* 242. *ff. de Verb. signif.* JAVOLEN. LIB. 2. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

(1) Atqui in l. 21. ff. *de Instr. fund. leg.* contra dicitur quod *dolia, molæ olivariæ, prælum, et quæcumque infixa inædificataque sunt, fundi sunt?* Cujacius ad l. 206 ff. *de Verb. sign.* respondet, d. legem 21 accipiendam de his doliis quæ perpetuo posita sunt, et ita inædificata ut vix sine ruina ædificii avelli possint: contra oppositam legem 17 accipiendam de his doliis quæ in cella ita defossa sunt, ut facile inde auferantur: hæc sunt instrumentum fundi magis quam pars fundi.

(2) Sicut in *Rutis-cæsis* fundi, sunt ea quæ terra non tenentur; sic in *Rutis-cæsis* ædium sunt quæcumque *opere structili, etc.*

(3) Hæc est adjectio Ulpiani ad Sabinum.

(4) Isidorus ait, *Artemonem esse velum dirigendæ potius navis, quam celeritatis causa commodatum:* quam definitionem probat Cujacius ad h. l.

ARTICULUS III.

De inducendo emptore in vacuam possessionem rei quæ vœniit.

XXV. Actione Ex Empto, si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet. PAUL. SENT. LIB. 1. *tit.* 13. § 4.

Enimvero In primis ipsam rem præstare venditorem oportet; id est, tradere. *l.* 11. § 2. ULP. LIB. 32. AD ED.

Circa hanc autem obligationem tradendi seu inducendi emptorem in possessionem ; quæremus 1.° Quid contineat hæc obligatio ; 2.° Quanti eo nomine hoc judicio condemnetur venditor ; 3.° Quando venditor hac obligatione liberetur.

§ 1. *Quid contineat necne obligatio tradendi, seu inducendi emptorem in possessionem rei.*

XXVI. 1.° Neratius ait, Venditorem in re tradenda debere præstare emptori, ut in lite de possessione potior sit. Sed (1) Julianus libro 15 Digestorum probat, Nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit. Erit igitur Ex Empto actio, nisi hoc præstetur. *d. l.* 11. § 13.

2.° Vacua possessio emptori tradita non intelligitur; si alius in ea, legatorum fideive commissorum servandorum causa, in possessione sit; aut creditores bona possideant. Idem dicendum est, si venter in possessione sit. Nam et ad hoc pertinet VACUI appellatio. *l.* 2. § 1. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

3.° *Vacua possessio tradita non videbitur, nisi pignus quo res nexa est, luatur.*

Hinc Scævola : Prædium æstimatum in dotem a patre filiæ suæ nomine datum, obligatum creditori deprehenditur. Quæsitum est an filius qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset dote contenta ; actione Ex Empto teneatur (2) a creditore luere et marito liberum præstare? Respondit Teneri. *l.* 52. § 1. SCÆVOL. LIB. 7. DIGEST.

4.° *Item si rei venditæ ususfructus sit alienus ; tenetur venditor eum redimere, ut emptorem in vacuam rei possessionem inducat : nisi tamen, deducto hoc usufructu, rem vendiderit. Circa quod observa quod docet Pomponius :* Fundum mihi quum venderes deducto usufructu, dixisti eum usumfructum Titii esse ; quum is apud te mansurus esset. Si cœperis usumfructum vindicare, reverti adversus te non potero; donec Titius vivat, nec in ea causa esse cœperit ut, etiamsi ejus ususfructus esset, amissurus eum fuerit. Nam tunc (id est, si capite diminutus vel mortuus fuerit Titius) reverti potero ad te venditorem. Idemque Juris est, si dicas eum usumfructum Titii esse quum sit Seii. *l.* 7. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

XXVII. *Quod attinet ad servitutes prædiales, non est necesse his servitutibus rem liberam tradi ; nisi* Ut optima-maxima *vœnierit.*

Unde Celsus : Quum venderes fundum, non dixisti ITA UT OPTIMUS MAXIMUSQUE. Verum est quod Q. Mucio placebat ; non liberum, sed qualis esset, fundum præstari oportere (3). Idem et in urbanis prædiis dicendum est. *l.* 59. *ff. de Contrah. empt.* CELSUS LIB. 8. DIGEST.

Circa hanc autem clausulam OPTIMI-MAXIMI, *vid. lib. præced. Tit.* de Contrah. emp. *N.* 47.

XXVIII. *Si res vendita sit incorporalis, quæ possideri non potest ; venditor obligationi inducendi emptorem in possessionem satisfacere debet per aliquid æquipollens.*

Unde Pomponius : Si iter, actum, viam, aquæductum, per tuum fundum emero ; vacuæ possessionis traditio nulla est. Itaque cavere (4) debes, per te non fieri quominus utar. *l.* 3. § 2. LIB. 9. AD SABIN.

XXIX. *Vidimus in quo consistat obligatio inducendi emptorem in possessionem rei venditæ. Hujus velut appendices sunt, quod venditor tenetur emptori fides prædii venditi demonstrare ; item instrumenta exhibere quæ ad jus fundi pertinent.*

Unde Scævola : Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita : FUNDUS SEMPRONIANUS, QUIDQUID SEMPRONII JURIS FUIT, TIBI EMPTUS TOT NUMMIS ; vacuamque possessionem tradidit ; neque fines ejus demonstravit. Quæritur, an Empti judicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid juris defunctus habuerit, et fines ostendere? Respondi, id ex ea scriptura præstandum quod sensisse intelliguntur. Quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere. Hoc etenim contractui bonæ fidei consonat. *l.* 48. LIB. 2. RESPONS.

Cæterum Demonstratione fundi facta, fines nominari supervacuum (5) est.

Si nominentur, etiam ipsum venditorem nominare oportet si forte alium agrum confinem possidet. *l.* 63. § 1. *ff. de Contrah. empt.* JAVOL. LIB. 7. CASSIO.

(1) *Id* est, non solus Neratius hoc ait ; sed etiam pariter Julianus, quamvis diversæ sectæ. Ergo hoc certissimum, et quod apud omnes constat.

(2) Marito sororis suæ cui defunctus eum æstimatum in dotem pro filia dedit. *Æstimatio* enim pro venditione est ; ut videb. infra lib. 23. Tit. *de Jure dot.*

(3) Cæterum deducendum emptori ex pretio, quanto minoris emisset si onus servitutis scivisset : ut videb. infra lib. 21. Tit. *de Ædil. Ed.* Sect. 3. art. 4.

(4) Hæc cautio æquipollebit traditioni.

(5) Nil refert, res nominetur an quovis alio modo demonstretur. Si igitur quomodocumque demonstratum fuerit emptori qui sint fines fundi venditi [*les Bouts et tenants*] ; nil refert quod non fuerint nomine proprio appellati.

Instrumentorum exhibitionem quæ emptori necessaria sunt, in hac actione Empti *venire, docet etiam, Scævola in specie sequenti.*

Creditor fundum sibi obligatum, cujus chirographa tributorum a debitore retro solutorum apud se deposita habebat, vendidit Mævio; ea lege ut, si quid tributorum nomine debitum esset, emptor solveret. Idem fundus ob causam eorum tributorum quæ jam soluta erant, a conductore (1) saltus in quo idem fundus est, væniit; eumque idem Mævius emit; et pretium solvit. Quæsitum est, an Empti judicio vel aliqua actione emptor a venditore (2) consequi possit ut solutionem supra scriptarum chirographa ei dentur? Respondit, Posse emptorem Empti judicio consequi ut instrumenta de quibus quæreretur, exhibeantur. *l.* 52. SCÆVOLA LIB. 7. DIGEST.

§ 2. *Quanti hoc judicio condemnetur venditor qui rem non tradit.*

XXX. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur; hoc est, quod rem habere interest emptoris. *l.* 1. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

Similiter rescribunt Diocletianus et Maximianus: Si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum, procacia venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit (3). *l.* 4. *Cod. h. t.*

Hoc autem, interdum pretium egreditur; si pluris interest quam res valet, vel empta est. *sup. d. l.* 1.

XXXI. *Quæ autem emptoris utilitas in hoc interesse computetur, docet Paulus.* Cum per venditorem steterit quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in æstimationem venit; quæ modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino (puta) negotiari et lucrum facere, id æstimandum est: non magis quam si triticum emerit; et ob eam rem quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit. Nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur. Nec major fit obligatio (4) quod tardius agitur (5); quamvis crescat (6), si vinum hodie pluris sit: merito; quia, sive datum esset, haberet emptor; sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dare oportuit. *l.* 21. § 3. PAUL. LIB. 33. AD ED.

Aliud utilitatis quæ circa rem est, exemplum affert Julianus. Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit: non solum peculii nomine quod servus habuit tempore quo manumittebatur, sed et horum quæ postea acquirit (7), tenetur. *l.* 23. JUL. LIB. 13. DIGEST.

Circa id autem quod Julianus addit: Et præterea cavere debet (8). Quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit restituiri; Marcellus notat: Illa præstare venditor Ex Empto debet, quæ haberet emptor si homo manumissus non esset. Non continebuntur igitur quæ, si manumissus non fuerit, acquisiturus non esset. *d. l.* 23.

XXXII. *Circa hujus interesse æstimationem, quæritur quomodo æstimetur quum spes vendita est; puta jactus retis? Distinguit Celsus:* Si jactum retis emero, et jactare retem piscator noluit: incertum ejus rei æstimandum est. Si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id æstimari debet quod extraxit. *l.* 12. CELSUS LIB. 27. DIGEST.

§ 3. *Quando ab obligatione tradendi rem venditor liberetur.*

XXXIII. *Cum post perfectam venditionem, rei venditæ periculum emptorem sequatur (ut vid. lib. præced. Tit.* de Peric. rei vend.*); consequens est liberari venditorem obligatione ejus tradendæ, si citra culpam moramque venditori interierit.*

Idem dicendum, si venditor rem post venditionem citra culpam moramque amiserit; nisi forte quod hoc casu saltem actiones, si quas habet, præstare emptori tenetur.

Hinc Neratius: Si ea res quam Ex Empto præstare debebam, vi mihi adempta fuerit; quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est ut nihil amplius quam actiones persequendæ ejus præstari a me emptori oporteat: quia CUSTODIA ADVERSUS VIM PARUM PROFICIT. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi præstare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur. *l.* 31. NERAT. LIB. 3. MEMBRAN.

XXXIV. *Illud patet, non teneri venditorem ad tradendam rem venditam; si per ipsum emptorem stet quominus ei tradi possit.*

Hinc Si tibi iter vendidero; ita demum auctorem me laudare (9) poteris, si tuus fuerit fundus cui

(1) *A conductore saltus* publici; id est, Publicano.

(2) Priore.

(3) Non vero jubebit rem auferri militari manu, ut in *Rei vindicatione.* Incivile enim est rem ita auferri domino: de ea re tamen lis est inter Interpretes. Nec obstat quod Paulus [supra N. 25.] ait; *potest cogi venditor ut tradat; superest enim quæstio, quomodo cogatur.* Nec obstat etiam lex 6. Cod. *de Rescind. vend.* in cujus specie res tradita fuisse intelligenda est. *Consensu autem facta venditio* ibi dicitur, non quod traditio non secuta sit, sed ut opponatur venditioni per metum extortæ quæ rescinderetur.

(4) Ex causis supra dictis, quæ sunt extra rem.

(5) *Ex Empto.*

(6) Ex causa sequenti; scilicet quod auctum fuerit pretium vini. Hæc enim causa versatur circa rem.

(7) Nam si eum non manumisisset, hæc in peculio fuissent et emptorem fuissent secuta.

(8) Sed nonne hæc cautio est contra bonos mores, utpote de hereditate viventis? Minime: in hac enim specie emptor magis indemnitati suæ prospicit, quam inhiat bonis viventis: adeoque honesta est hæc cautio; non secus ac illa qua adrogator cavet de arrogati bonis, his ad quæ ea pertinuerent.

(9) *Laudare* hic est, nominatim citare et ad sui defensionem accersere. Bud.

acquirere servitutem volueris. Iniquum est enim me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris. *l.* 6. § 5. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

Sed si fundum tibi vendidero, et ei fundo iter accessurum dixero; omnimodo tenebor itineris nomine: quia utriusque rei, quasi unus venditor, obligatus (1) sum. *d. l.* 6. § 6.

ARTICULUS IV.

De obligatione prohibendi quominus res emptori evincatur.

Ea de re videndum 1.° *An, et cujus evictionis nomine venditor emptori teneatur;* 2.° *Quanti eo nomine teneatur.*

§ 1. *An et cujus evictionis nomine venditor emptori teneatur.*

XXXV. Datio possessionis quæ a venditore fieri debeat, talis est; ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur. *l.* 3. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

Perinde igitur debet actio Ex Empto *competere, ac si non traderetur.*

Hinc Alexander: Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta Ex EMPTO competere actionem. *l.* 6. *Cod. de Evict.*

XXXVI. ***Nec solum si totas res, sed et si pars evincatur, competit actio.***

Hinc Diocletianus et Maximianus: Si major annis viginti quinque, veluti propria, nescienti, communia eum fratribus tuis, prædia distraxisti; licet nullum instrumentum intercesserit, nec quicquam specialiter convenerit; alienæ portionis evictione secuta, quanti interest emptori solves. *l. fin. Cod. de Comm. rer. alien.*

Item quum ædes mercatus es: Si columna evicta fuerit; puto te Ex Empto (2) cum venditore recte acturum, et eo genere rem salvam habiturum. *l.* 23. § 1. *de Usucap.* JAVOLEN. LIB. 9. EPISTOL.

Et hoc obtinet etiamsi id quod emptori superesset, dignum esset toto pretio. Hinc Africanus ait, Si duos servos quinis a te emam, et alter eorum evincatur; nihil dubii fore quin recte eo nomine Ex Empto acturus sim, quamvis alter decem dignus sit: nec referre, separatim singulos an simul utrumque emerim. *l.* 47. *ff. de Evict.* LIB. 8. QUÆST.

XXXVII. *Observandum, hereditate vendita non teneri venditorem de evictione rerum singularum ex hereditate: ut jam vid. lib. præced. Tit.* de Hered. vendit.

Pari ratione, quum peculium vœniit aut venditioni accessit, non tenetur venditor de evictione rerum singularum ex peculio. Hoc ex Labeone discimus in hac specie: Servi venditor peculium accessurum dixit. Si vicarius evictus sit, nihil præstaturum venditorem Labeo ait: quia, sive non fuit in peculio, non accesserit (3); sive fuerit, injuriam a judice emptor passus est (4). Aliter atque si nominatim servum accedere dixisset; tunc enim præstare deberet in peculio eum esse. *l.* 5. *ff. de Evict.* PAUL. LIB. 33. AD ED.

XXXVIII. *Ut actioni* Ex Empto *locus sit, nil refert quanto demum post contractum tempore res evicta fuerit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Empti actio longi temporis præscriptione non submovetur, licet post multa spatia rem evictam emptori fuerit comprobatum. Si itaque is quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamet; interpellare venditorem sive successorem ejus debes, ut tibi assistant, causamque instruant. Quem si liberum esse vel servum non esse fuerit pronunciatum, nec te conventione remisisse periculum evictionis fuerit comprobatum; Præses provinciæ (si res integra est) quanti tua interest, restitui tibi providebit. *l.* 21. *Cod. de Evict.*

XXXIX. *Eam autem demum evictionem prohibere tenetur venditor, quæ jure fit et ex causa tempore contractus existente; non eam quæ ex nova causa contingit: multo minus eam quæ per violentiam fit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone quem habere jus in eo negatis, profitentes; nullam vobis adversus eum ex cujus venditione fundum possidetis, actionem competere probatis. Igitur ad instar Interdicti, seu actionis permissæ (5) experiendum esse perspicitis. *l.* 17. *Cod. h. t.*

XL. ***Cæterum obligatio venditoris committitur, non solum quum emptor rem restituere condemnatus est suo nomine; sed et si quasi procurator ejus quem defendere tenebatur, et adversus quem ideo regressum non habet.***

Hoc docet Papinianus. Si secundus (6) emptor

(1) Stat per venditorem quominus fundum habeat emptor; ergo etiam et quominus habeat iter. Nam si haberet fundum, posset et iter ad fundum habere.

(2) Secus obtinet in actione *Ex stipulatu*: ut videb. infra Tit. *de Eviction.*

(3) Non potest autem teneri venditor, nisi de evictione ejus quod venüt aut venditioni accessit.

(4) Tales autem evictiones, utpote ex novo casu contingentes, venditor non præstat: ut videb. infra N. 39.

(5) Nam [ut notat. Cujac. ad h. l.] possessionem repetimus, vel per Interdictum, vel per actionem quæ dejecto *permittitur*, id est, conceditur. l. 1. § 4. ff. *Uti possid.*

(6) Species talis est. Primus rem vendidit secundo, secundus tertio. Dominus adversus tertium rem vindicavit. Is tertius secundum dedit procuratorem in hac lite; is secundus condemnatus est rem restituere, et litis æstimationem solvit. Stricte loquendo, non potest dici rem evictam secundo; cum non suo sed procuratorio nomine condemnatus sit: et ideo hujus evictionis nomine actionem *Ex stipulatu* quæ stricti Juris est non habet. Sed cum effectu, evictionis damnum ipse patiatur; habet actionem *empti*, in qua bona fides magis quam subtilitas spectatur.

venditorem eumdemque emptorem, ad litem hominis dederit procuratorem; et non restituto eo, damnatio fuerit secuta; quodcumque ex causa judicati præstiterit procurator, ut in rem suam datus, Ex stipulatu consequi non poterit. Sed quia damnum evictionis ad personam pertinuit emptoris (1), qui Mandati judicio nihil percepturus est; non inutiliter ad percipiendam litis æstimationem agetur Ex Vendito. *l.* 66. § 2. *ff. de Evict.* PAPIN. LIB. 28. QUÆST.

XLI. *Sed etsi citra judicium res evincatur, imo etsi emptor rem ipse sibi evincere videatur; committitur obligatio venditoris.*

Igitur Si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit; nihilominus Ex Empto mihi adversus te actio competit. *l.* 13. § 15. ULPIAN. LIB. 32. AD ED.

Unde in hac specie : Cui res sub conditione (2) legata erat, is eam imprudens ab herede emit; actione Ex Empto poterit consequi emptor pretium, quia non (3) ex causa legati rem habet. *l.* 29. JUL. LIB. 4. EX MINICIO.

Consonat quod alibi ait idem Julianus. Qui servum testamento sibi legatum, ignorans (4) eum sibi legatum, ab herede emit; si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione Ex Vendito absolvi debet; quia hoc judicium fidei bonæ est, et continet in se (5) Doli mali exceptionem. Quod si pretio soluto, ex testamento agere instituerit; hominem consequi debebit: actione Ex Empto pretium recuperabit; quemadmodum recuperaret, si homo evictus fuisset (6). Quod si judicio Ex Empto actum fuerit, et tunc actor comperit legatum sibi hominem esse, et agat ex testamento; non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit, et hominem actoris fecerit. *l.* 84. § 5. *ff. de Legatis* 1.° JUL. LIB. 33. DIGEST.

XLII. *Quæsitum est a Paulo in specie sequenti, an res empta evinci emptori videri possit, et an eo nomine* Empti *agi possit? Ita ille :*

Titia quum decederet, Seiæ Stichum, Pamphilum et Arescusam, per fideicommissum reliquit: ejusque fidei commisit ut omnes ad libertatem post annum perduceret. Cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset, nec tamen heredem a sua petitione liberasset; heres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommissæ libertatis facta. Emptor, quum pluribus annis mancipia supra scripta sibi servissent, Arescusam manumisit. Et eum cæteri quoque servi, cognita voluntate defuncti, fideicommissam libertatem petiissent, et heredem ad Prætorem perduxissent; jussu Prætoris ab herede sunt manumissi: Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. Quum emptor pretium a venditore Empti judicio, Arescusæ quoque nomine repeteret; lectum est responsum Domitii-Ulpiani, quo continebatur Arescusam pertinere ad Rescriptum Sacrarum (7) Constitutionum si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse (8) post manumissionem a venditore consequi. Ego eum meminissem et Julianum in ea sententia esse, ut existimaret post manumissionem quoque Empti actionem durare; quæro quæ sententia vera est. *l.* 43. PAUL. LIB. 4. QUÆST.

Respondi : Semper probavi Juliani sententiam putantis, manumissione non amittitur (9) eo modo. *d. l.* 43. ¶ *respondi.*

Item quæro : Arescusa quæ recusavit emptorem patronum habere, cujus sit liberta constituta? An possit vel legatariam quæ non liberavit, vel heredem patronum habere? Nam cæteri duo ab herede manumissi sunt. *d. l.* 43. ¶ *item quæro.*

Quoad hanc quæstionem autem ita Paulus : Superest *(alia)* deliberatio, Cujus debeat esse liberta Arescusa quæ recusat emptorem? Et non sine ratione dicetur, ejus debere effici libertam a quo vendita est; id est, heredis; quia (10) et ipse Ex Empto actione tenetur. Sed hoc ita, si non Arescusa elegerit emptoris patronatum : tunc etenim et illius (11) remanet liberta; et ille Ex Empto actio-

(1) Qui tertio ipse vendiderat, et a quo datus erat procurator.

(2) Si pure legata fuisset; res facta esset, statim legatarii : adeoque emptio hujus non constitisset, utpote emptio rei suæ; ut vid. lib. præced. Tit. *de Contrah. Empt.* N. 19.

(3) Ant. Faber [*Conjectur.* V. 14.] recte hanc lectionem sic emendat; *quia nunc ex causa legati rem habet. Nunc*, id est, existente conditione; adeoque ipse sibi rem evincere videtur, quominus eam ex causa emptionis habeat.

(4) Nam si sciens esset, videretur eum emendo repudiare legatum.

(5) Non igitur necesse est eam opponere. Hoc commune est omnibus bonæ fidei judiciis. Illud patet, dolo facere videri venditorem, qui pretium petit, cum ipse rem ex causa emptionis non præstet.

(6) Nam committitur actio *Ex Empto* quoties emptori rem ex causa emptionis habere non licet. Cum igitur eam ex causa testamenti consequatur, eam ex causa emptionis non habet: perinde est ergo ac si res ei evicta fuisset.

(7) Quibus cavetur ut possit heredem potius quam emptorem habere patronum, si malit; ne alium habeat quam quem testator voluit.

(8) Ex responso scilicet Ulpiani; sed modo infra hæc sententia reprobatur.

(9) Alias *non amitti* [supple] actionem *Empti*. Quamvis enim emptor ipse ancillam manumiserit; interest ejus, quatenus non potest habere in eam jus patronatus.

(10) Dubitari potuisset an heres posset hoc jus patronatus habere; quia illam vendendo, eamque ab alio [scilicet ab emptore] manumitti sinendo, videtur repudiasse illud jus patronatus. Verum respondetur heredem non posse videri jus patronatus repudiasse pure, sed duntaxat in favorem emptoris cui Arescusam vendidit. Cum igitur Arescusa patronatum emptoris recuset, et venditor eo nomine actione *Ex Empto* obligetur; deficit conditio sub qua videri posset repudiasse jus suum patronatus.

(11) Emptoris.

nem non habet, quia nihil ejus interest cum eam libertam habeat. *l.* 45. § 2. Iain.

§ 2. *Quanti teneatur venditor emptori, evictionis nomine, hac actione* Ex Empto.

XLIII. Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione præstare oporteat: nihil venditor præstabit præter simplum (1), evictionis nomine; et ex natura Ex Empto actionis, hoc quod interest. *l.* 60. *ff. de Evict.* Javol. lib. 2. ex Plaut.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Cum successores etiam venditoris pro evictione teneri possint; si velut obligata sibi, respublica Thessalonicensium pignoris instituat jure persequi quæ comparasti; auctoris heredibus quocumque gradu constitutis, assistere negotio denuntia. Quos (2) (sive præsentibus his fundus quem emisti fuerit evictus, sive absentibus) postea quanti tua interest rem evictam non esse, teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est. *l.* 23. *Cod. de Evict.*

XLIV. *Corollarium.* Evicta re, Ex Empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest, competit: Ergo et, si minor esse cœpit, damnum emptoris erit. *l.* 70. *ff. de Evict.* Paul. lib. 5. quæst.

Et vice versa si melior erat, plus emptor consequetur. Juxta quod rescribit Alexander: Si controversia tibi possessionis quam bona fide te emisse allegas, ab aliquo movetur; auctori heredive ejus denuntia. Et, si quidem obtinueris, habebis quod emisti; sin autem evictum fuerit, a venditore successoreve ejus consequeris quanti tua interest: in quo continetur etiam eorum persecutio quæ in rem emptam ut melior fieret, erogata sunt. *l.* 9. *Cod. de Evict.*

Hinc (in specie de qua supra N. 42.) quum servi ab herede venditi ad libertatem quæ sibi ex fideicommisso debebatur proclamantes, emptori evicti fuissent jussu Prætoris: Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur; ut sumptus quos in unum ex his quem erudierat, fecerat, ei restituerentur. *sup. d. l.* 43. ¶ *illud etiam.*

Quocirca ita Paulus respondit: De sumptibus vero quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est. Nam Empti judicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. *d. l.* 43. ¶ *de sumptibus.*

Idque et Julianum agitasse Africanus refert. Quod justum est: sicut minuitur præstatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit quum evincitur. *l.* 45. Paul. lib. 5. quæst.

XLV. *Hoc tamen duas limitationes patitur.*

Prima est: Plane si in tantum pretium excessisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa: veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum, evictum esse eum qui minimo væniit pretio: iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem. *sup. d. l.* 43. ¶ *fin.*

Cum et forte idem mediocrium facultatum sit; et non ultra duplum, periculum subire eum oportet. *l.* 44. Afric. lib. 8. quæst.

Altera limitatio est, si emptor hos sumptus ab eo qui evicit servare potuit. Ita enim Paulus persequitur.

Illud expeditius videbatur; si mihi alienam aream vendideris, et in eam ego ædificavero, atque ita eam dominus evincit. Nam quia possum petentem dominum, nisi impensam ædificiorum solvat, Doli mali exceptione summovere; magis est ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod et in servo dicendum est; si in servitutem, non in libertatem evinceretur. Quod si emptor non possideat (3) ædificium vel servum, Ex Empto habebit actionem. *sup. d. l.* 45. § 1.

Nota: In omnibus tamen casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo (4) teneri debet. *d.* § 1.

XLVI. *Uno casu in actione* Ex Empto *ob rem evictam non hoc quod emptoris interest venit, sed duntaxat quanti res empta est. Casum illum ita refert Ulpianus.*

Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat præstare? Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id præstare ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, Ex stipulatu non tenebitur; sive non est interposita, Ex Empto non tenebitur. Sed Julianus libro 15 Digestorum scribit: Etiamsi aperte venditor pronunciet Per se heredemque suum non fieri quominus habere liceat, posse defendi Ex Empto eum in hoc quidem non teneri quod emptoris interest, verumtamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait, Idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine præstatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret: nisi forte (inquit) sic quis

(1) In actione *Ex Empto*, quum ex hac causa agitur quod res evicta sit, nihil ultra venire potest; quum non dictum est quantum præstaretur. Cæterum potest hac actione *Ex Empto* agi priusquam res evincatur, ut stipulatio *Duplæ* interponatur: sicut videbimus infra Art. 6.

(2) Ita legendum videtur. Vulgo, *quod;* aut nullo, aut perobscuro sensu.

(3) Addit Cujacius, fieri posse ut citra culpam suam evictionem patiatur emptor rei quam non possidet; scilicet si, quum eam a possessore peteret, possessor absolutus sit.

(4) Hæ limitationes hoc casu cessant. Nam indulgentia dignus non est qui dolum admisit.

omnes istas supra scriptas conventiones recipiet; quemadmodum recipitur ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat. Veluti quum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem (1) plagis positis a venatore, vel pantheram (2) ab aucupe. Nam etiamsi nihil capit, nihiluminus emptor pretium præstare necesse habebit. Sed in supra scriptis conventionibus, contra erit dicendum (3). Nisi (4) forte sciens alienum vendit : tunc enim, secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam, dicendum est Ex Empto eum (5) teneri, quia dolo facit. *l.* 11. § 18. ULP. LIB. 32. AD ED.

XLVII. *Vidimus quanti actione* Ex Empto, *evictionis nomine condemnandus sit venditor. Observandum superest, eum non posse defugere condemnationem offerendo rem quæ evicta est.*

Hinc Papinianus : Emptori post evictionem servi quem dominus abduxit, venditor eumdem servum post tempus offerendo ; quominus præstet quod emptoris interest (6), non recte defenditur. *l.* 67. *ff. de Evict.* LIB. 10. RESPONS.

Non adversatur, imo consonat quod ait Scævola : Fidejussor (7) evictionis nomine condemnatus, id prædium quod evictum est, et omnia præstare paratus est quæ jure Empti continentur. Quæro, an agentem emptorem exceptione ex causa judicati Doli mali summovere potest? Respondit, Exceptionem quidem opponi posse, judicem autem æstimatorum ut pro damnis (8) emptori satisfiat. *l.* 15. *ff. de Dol. et met. except.* LIB. 5. RESPONS.

ARTICULUS V.

De obligatione præstandi abesse ea vitia per quæ non liceat rem habere; item non faciendi ea per quæ inutiliter haberetur.

§ 1. *Præstari debere ea vitia per quæ non liceret emptori rem habere, aut inutiliter haberetur.*

XLVIII. *Cum venditor præstare teneatur rem emptori habere licere ; sequitur eum* Ex Empto *teneri præstare eas qualitates in re vendita abesse, per quas non liceat eam habere, aut per quas eam inutiliter haberet emptor.*

Hinc 1.° Qui statuliberum tradit; nisi dixerit eum statuliberum esse, evictionis nomine perpetuo obligatur. *l.* 39. § 4. *ff. de Evict.* JULIAN. LIB. 57. DIGEST.

2.° *Vitium fugæ ex illis etiam est, per quæ non licet habere servum venditum. Eapropter* Venditorem etiamsi ignorans vendiderit, fugitivum non esse præstare emptori oportere, Neratius ait. *l.* 11. § 7. ULP. LIB. 32. AD ED.

3.° Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris (9), furtis noxisque solutum præstare te debere, ab omnibus receptum ait; et Ex Empto actionem esse ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio. *d. l.* 11. § 8.

Notandum autem quod Idem libro 2 Responsorum ait, Emptorem Noxali judicio condemnatum, Ex Empto actione id tantum consequi quanti minimo defungi potuit. Idemque putat, et si ex stipulatu (10) aget. Et, sive defendat noxali judicio; sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse; nihilominus vel Ex stipulatu vel Ex Empto agere posse. *d. l.* 11. § 12.

4.° *Est etiam vitium per quod non licet rem utiliter habere, quum vas quod venditur integrum non est.*

Hinc reprobatur sententia Sabini qui dicebat : Si vas mihi vendideris ita ut affirmares integrum ; si id integrum non sit, etiam id quod eo nomine perdiderim, præstabis mihi : si vero non id actum sit ut integrum præstes, dolum malum duntaxat præstare te debere. Labeo contra putat : et illud solum observandum ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum præstari debeat. Et est verum. Quod et in locatis dolus præstandum, Sabinum respondisse Minicius refert. *l.* 6. §. 4. ¶ *sed si vas.* POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

XLIX. *Tenetur quidem venditor eorum vitiorum nomine per quæ rem habere non licet, etsi ea ignoraverit : verum non eodem modo atque si scisset.*

Enimvero Julianus libro 15 inter eum qui sciens

(1) *Indago* est retium seu plagarum ambitus, quo sylvæ collesque venatoribus ferarum includendarum causa cinguntur. Sunt autem *plagæ*, retia rariores maculas [*des mailles*] habentia.

(2) *Panthera* hic sumitur pro universo aucupio, et ad quidquid auceps capit.

(3) Scilicet ut, etsi venditor expresse convenerit nihil evictionis nomine præstitum iri, venditor saltem teneatur restituere pretium : illa conventione hanc interpretationem recipiente, ut ratione ejus quod interfuit emptoris rem non fuisse evictam, nihil præstetur; non vero ut ne quidem pretium restituatur, nisi expresse convenisset ut ne quidem pretium restitueretur.

Sunt tamen qui hanc legem aliter interpretantur : Julianique sententiam existimantis pretium saltem restituendum etiam illo casu quo convenit ut nihil evictionis nomine præstaretur, putant ab Ulpiano non probari nisi eo casu quo quis sciens alienum vendidisset. Ideo textum sic emendant ut pro eo quod legitur, *contra erit dicendum : Nisi forte, sciens etc.* legendum existiment *contra erit dicendum si forte*, etc. Magis placet prima sententia.

(4) Hanc limitationem refer ad id quod supra dictum est, *Ex Empto non teneri in hoc quod Emptoris interest.*

(5) Non ad pretium tantum, sed ad omne quod interest.

(6) Scilicet si quid ipsius interest, eo interim ex quo evictus est caruisse.

(7) A quo venditor, non duplum pretii, sed id quanti sua interesset rem habere licere, stipulatus est.

(8) Præstandum erit igitur venditori si quid præterea damni sensit, eo prædio interim caruisse. Et sic hæc lex quam sibi male opponit Accursius, nedum superiori adversetur, imo ei suffragatur.

(9) Adeoque probabilius ignoraveris vitium servi.

(10) De qua actione infra lib. 21. Tit. *de Evict.* Part. 3.

quid aut ignorans vendidit differentiam facit in condemnatione Ex Empto. Ait enim : Qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit; si quidem ignorans fecit, id tantum Ex Empto actione præstaturum quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem : si vero sciens reticuit et Emptorem decepit, omnia detrimenta quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum ei. Sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem; sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee vænisse, erit præstandum. *l.* 13. ULP. LIB. 32. AD ED.

De cæteris autem vitiis quæ non impediunt quominus rem habere liceat, venditor qui ea ignoravit et de his tacuit, nullatenus tenetur.

Hinc statim subjicitur : Item qui furem vendidit aut fugitivum; si quidem sciens, præstare debebit quanti emptoris interfuit non decipi. Si vero ignorans vendiderit; circa fugitivum quidem tenetur quanto minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset; circa furem non tenetur. Differentiæ ratio est; quodfugitivum quidem habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor; furem autem habere possumus. *d. l.* 13. § 1.

Quod autem diximus, QUANTI EMPTORIS INTERFUIT NON DECIPI, multa continet; et si alios secum sollicitavit ut fugerent, vel res quasdam abstulit. *d. l.* 13. § 2.

L. *Quemadmodum, quum res venditur, tenetur venditor hac actione præstare ea abesse per quæ rem habere non liceret; ita quum spes venditur, tenetur præstare ea abesse per quæ sperare non liceret.*

Hinc Si sterilis ancilla sit cujus partus vænit, vel major annis quinquaginta, quum id emptor ignoraverit; Ex Empto tenetur venditor. *l.* 21. PAUL. LIB. 33. AD ED.

§ 2. *De obligatione non faciendi id per quod res fieret emptori inutilis.*

LI. *Cum venditor teneatur præstare rem habere licere emptori; sequitur teneri eum, si quid faciat quo res emptori foret inutilis.*

Hinc Si locum sepulcri emeris; et propius eum locum, antequam mortuus ibi inferatur, ædificatum (1) a venditore fuerit; poteris ad eum reverti. *l.* 9. § 3. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

ARTICULUS VI.

De cautione Duplæ *aut alia qualibet, a venditore de more præstari solita.*

LII. Quia assidua est Duplæ stipulatio, idcirco placuit Ex Empto agi posse si duplam venditor mancipii non caveat. EA ENIM QUÆ SUNT MORIS ET CONSUETUDINIS, IN BONÆ FIDEI JUDICIIS DEBENT VENIRE. *l.* 31. § 20. *ff. de Ædil. Edict.* (2). ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDILIUM CURUL.

Similiter rescribunt Diocletianus et Maximianus : Emptor servorum certe de his tradendis, et de eorum fuga, itemque sanitate, erronesque non esse, aut noxa solutos, repromitti sibi recte postulat. *l.* 14. *Cod. h. t.*

LIII. *Quanti autem eo nomine actione* Ex Empto *condemnari venditorem oporteat, si cavere nolit?*

Scilicet Si dupla non promitteretur, et eo nomine ageiur; dupli condemnandus est reus (3). *l.* 2. *ff. de Evict.* PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Consonat quod Neratius ait : Non tradentem, quanti intersit condemnari : satis autem non dantem, quanti plurimum (4) auctorem periclitari oportet. *l.* 11. § 9. ULP. LIB. 32. AD ED.

Et quidem tanti condemnandus est; nisi de omnibus de quibus cavere debet, caverit.

Hinc Idem recte ait, Si quid horum non præstetur, cum cætera facta sint, nullo deducto (5) condemnationem faciendam. *d. l.* 11. § 11.

LIV. *Et hæc quidem, quum venditor non cavet. Quid si cavit quidem; sed in minorem summam quam oportebat per errorem cavit?*

De hoc casu ita Ulpianus : Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emptor; re evicta consecuturum eum Ex Empto Neratius ait, quanto minus stipulatus sit : si modo omnia facit emptor quæ in stipulatione continentur (6). Quod si non fecit; Ex Empto id tantum consecuturum ut ei promittatur (7) quod minus in stipulationem superiorem deductum est. *l.* 37. § 2. *ff. de Evict.* ULP. LIB. 32. AD ED.

De his cautionibus plura infra lib. 21. *Tit.* de Evictionib.

ARTICULUS VII.

De præstatione doli mali, quæ judicio Empti *naturaliter inest.*

LV. *In contrahenda emptione,* Fere aliqui so-

(1) Nam circa sepulcra debebat esse aliquod spatium vacuum : l. fin. ff. *Finium regund.*

(2) *Moris* factum est *et consuetudinis* Duplam repromitti a venditore; ex quo ita Edicto suo Ædiles caverunt [infra lib. 21. Tit *de Evict.* N. 1.] Unde, etsi omissa fuerit hæc stipulatio, potest eo nomine *Ex Empto* agi ut interponatur.

(3) Cum Ædilitia stipulatio esset in duplum pretii [id est, quanti-plurimi interesse poterat emptoris] Duplum illud venit etiam in actione *Ex Empto :* sed eo solo casu quo in id agitur ut hæc stipulatio omissa interponatur. Alias, id tantum venit quanti revera intersit.

(4) Scilicet jam tunc tantum condemnatur, quantum plurimum condemnandus esset si evictio quandocumque contingeret; id est, in duplum pretii. Nam interesse emptoris non potest excedere hoc duplum, ut supra vidimus obiter ex l. 44. h. tit. N. 45.

(5) Id est, licet V. G. jam caverit servum non esse fugitivum; nihil deducetur ex condemnatione dupli, si nolit cavere eum esse noxis solutum.

(6) Scilicet denuntiavit venditori ut adesset causæ.

(7) Jam loquitur de casu quo res nondum est evicta.

lent hæc verba adjicere : DOLUS MALUS A VENDITORE ABESTO. Qui, etiamsi adjectum non est, abesse debet. *l.* 68. § 1. *ff. de Contrah. empt.* PROCUL. LIB. 6. EPIST.

Jam vero Dolum malum a se abesse præstare venditor debet : qui non tantum in eo est qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat. *l.* 43. § 2. *d. tit.* FLORENT. LIB. 8. INSTIT.

§ 1. *De dolo qui in dissimulatione consistit.*

Prima dolosæ dissimulationis species :

Si venditor dissimulet rem venditam esse alienam.

LVI. *Unde Africanus*, Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris; etiam priusquam evincatur, utiliter me Ex Empto acturum putavit in id quanti mea intersit meam esse (1). Quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat; quia tamen dolum malum abesse præstare debeat, teneri eum qui sciens alienam, non suam, ignoranti vendidit. Idem est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit. *l.* 30. § 1. LIB. 8. QUÆST.

Quinetiam Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset; et adjectum sit, NEVE EO NOMINE QUID PRÆSTARET; æstimeri oportet dolum malum ejus : quem semper abesse oportet in judicio Empti, quod bonæ fidei sit. *l.* 6. § 9. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

Julianus denique libro 10 apud Minicium ait, Si quis servum ea conditione vendiderit ut intra triginta dies duplam promitteret, POSTEA NE QUID PRÆSTARETUR; et emptor hoc fieri intra diem non desideraverit; ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit. Tunc enim in hoc fieri ut, per ipsum et per heredem ejus, emptorem habere liceret. Qui autem alienum sciens vendidit, dolo (inquit) non caret; et ideo Empti judicio tenebitur. *l.* 11. § 15. ULP. LIB. 32. AD EDICT.

Sententiam Juliani verissimam esse arbitror, in pignoribus quoque. Nam si jure creditoris vendiderit, deinde hæc fuerint evicta; non tenetur nec ad pretium restituendum, Ex Empto actione, creditor : hoc enim multis Constitutionibus effectum (2) est. Dolum plane venditor præstabit : denique etiam repromittit de dolo. Sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse ejus qui sibi obligavit, vendiderit; tenebitur Ex Empto, quia dolum eum præstare debere ostendimus. *l.* 11. § 16.

Secunda dolosæ dissimulationis species :

Si venditor dissimulavit quædam rei vitia.

LVII. *Nec interest, an ea vitia sint de quibus alioquin venditor non teneretur, sive ea de quibus repromitti solet.*

Igitur V. G. Si servum mihi ignoranti, sciens furem (3) vel noxium esse, vendideris; quamvis duplam promiseris, teneris mihi Ex Empto quanti mea interesse scisse : quia Ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum, antequam (4) mihi quid abesset. *l.* 4. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Quinetiam interdum eo casu ad resolvendum contractum agitur; si probabiliter emptor non fuisset empturus, si vitium scivisset.

Unde Ulpianus : Si quis virginem se emere putasset, quum mulier væniisset; et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non (5) esse : verumtamen Ex Empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur. *sup. d. l.* 11. § 5.

Tertia dolosæ dissimulationis species :

Si emptor quædam rei venditæ onera dissimulet.

LVIII. *Igitur* Venditor si quum sciret deberi servitutem, celevit; non evadet Ex Empto actionem : si modo eam emptor ignoravit. Omnia enim quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in Empti actionem.

Sed Scire venditorem et CELARE sic accipimus, non solum si non admonuit; sed et si negavit (6) servitutem istam deberi, quum esset ab eo quæsitum. Sed et si proponas eum ita dixisse : NULLA QUIDEM SERVITUS DEBETUR; VERUM NE EMERGAT INOPINATA SERVITUS, NON TENEOR : puto eum Ex Empto teneri; quia servitus debebatur et scisset. Sed si id egit ne cognosceret emptor aliquam servitutem deberi; opinor eum Ex Empto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri; non si securitati suæ prospectum voluit. Hæc ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes : quia non videtur esse celatus, qui scit; neque certiorari debuit, qui non ignoravit. *l.* 1. § 1. ULP. LIB. 28. AD SABIN.

(1) Et hoc plus habet actio *Ex Empto*, actione *Ex stipulatu* quæ non competit ante evictionem.

(2) Vid. infra lib. 20. Tit. *de Distract. pign.*

(3) Regulariter non tenetur venditor præstare abesse hoc vitium; ut vid. supra N. 49. Verum hic tenetur propter dolosam suam dissimulationem. Hoc Jus Interpretatione Prudentium obtinuisse docet Cicero; qui *de Offic.* libro 3. ait : *Cum ex XII. Tabulis satis esset cautum ea præstari quæ essent lingua nuncupata; a Jurisconsultis etiam reticentiæ pœna est constituta. Quidquid enim inest prædio vitii; id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstari oportere.*

(4) Nota hoc discrimen inter actionem *Ex Empto* et actionem *Ex stipulatu.*

(5) Id est, res per se non ea causa est ut redhiberi debeat, sed propter dolosam dissimulationem redhibebitur.

(6) *Sed e fortiori et si negavit.*

LIX. *Similiter* Si prædii veoditor non dicat de tributo, sciens; tenetur Ex Empto.

Quod si ignorans uon prædixerit, quod forte hereditarium prædium erat (1); non tcuetur. *l.* 21. § 1. PAUL. LIB. 33. AD ED.

Igitur de casu quo venditor probabiliter ignorare non potuit, et dissimulavit, accipe quod ait Papinianus. In venditione, super annua pensitatione pro aquæductu infra domum Romæ constitutam (2), nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem, Ex Empto actionem habebit. Itaque si conveniatur ob pretium Ex Veodito; ratio improvisi oneris habetur. *l.* 41. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Consonat quod Julianus, dolum solere a venditore præstari, etiam in hujusmodi specie ostendit. Si quum venditor sciret fundum plnribus municipiis legata (3) debere, in tabula quidem conscripserit uni municipio deberi; verum postea legem consignaverit, SI QUA TRIBUTORUM AUT VECTIGALIS INDICTIONISVE QUID NOMINE AUT AD VIÆ COLLATIONEM PRÆSTARE OPORTET, ID EMPTOREM DARE FACERE PRÆSTAREQUE OPORTERE; Ex Empto eum teueri, quasi decepisset emptorem. Quæ sententia vera est. *l.* 13. § 6. ULP. LIB. 31. AD ED.

Alia dolosæ dissimulationis exempla afferuntur.

LX. *Primum.* Quæro : si quis ita fundum veodiderit, uti venumdatum esse videatur quod intra terminos ipse possedit; sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emptorem; an Ex Empto judicio teneatur? Cum hæc generalis adjectio ad ea quæ specialiter novit qui vendidit, nec exeepit, pertinere non debeat : ne alioquin emptor capiatur; qui fortasse, si hoc cognovisset, vel emptorus non esset, vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset (cum hoe et apud Veteres sit relatum in ejus persona qui sic exceperat, SERVITUTES SI QUÆ DEBENTUR, DEBEBUNTUR. Etenim Juris auctores responderunt, Si eertus venditor quibusdam personis certas servitutes debere, non admonuisset emptorem, Ex Empto eum teneri debere : quando hæc generalis exceptio non ad ea pertinere debeat quæ venditor novit, quæque specialiter excipere et potuit et debuit; sed ad ea quæ ignoravit, et de quibus emptorem certiorare nequivit) : Herennius-Modestinus respondit, Si quid eircumveniendi emptoris causa veoditor io specie de qua quæritur fecit, Ex Empto actione convaniri posse. *l.* 39. MODEST. LIB. 5. REGUL.

Secundum Refert Gaius qui ait, Si quis in vendendo prædio confinem celaverit; quem emptor, si audisset, empturus non esset (4) : teneri venditorem. *l.* 35. § 8. *ff. de Contrah. empt.* GAIUS. LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Tertium. Si post inspectum prædium antequam emptio contraheretur, arbores vento vi (5) dejectæ sunt : an hæ quoque emptori tradi debeant, quæritur? Et responsum est, non deberi : quia eas non emerit; cum antequam fundum emerit, desierint fundi esse. Sed si ignoravit emptor dejectas esse arbores; venditor autem scivit, nec admonuit; quanti emptoris interfuerit, rem æstimandam esse : si modo vænit (6). *l.* 9. *ff. de Peric. et comm. rei vend.* Idem.

Quartum. Si quum servitus venditis prædiis deberetur, nec commemoraverit venditor; sed sciens esse, reticuerit; et ob id per ignorantiam rei, emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit : quidam recte putant, veoditorem teneri Ex Empto ob dolum. *l.* 66. § 1. *ff. de Contrah. Empt.* POMPON. LIB. 31. AD Q. MUCIUM.

Scholium.

Ex omnibus exemplis allatis apparet, venditorem teneri indicare emptori quæcumque circa rem erant, quæ ejus interest scire. An autem et ea quæ extra rem sunt? Puta; In frumenti penuria tenebitur-ne mercator qui scit naves frumento onustas brevi adventuras, hoc indicare? non eo usque progressi sunt Jurisconsulti. Putat tamen Cicero (lib. 3. de Offic.) ad hoc eum naturaliter teneri. Dissentit Grotius, de Jur. Bell. et Pac. *lib.* 2. *cap.* 12.

§ 2. *De dolo qui consistit in mendacio.*

LXI. *Hactenus de dolo qui in dissimulatione consistit. Multo magis tenebitur venditor de ea doli specie quæ mendacium continet.*

Sic Qui per collusionem, imaginarium colonum (7) circumvaniendi emptoris causa supposuit; Ex Empto tenetor. Nec defenditur, si, quo facilius excogitata fraus occultetur, colonum et quinquennii (8) pensiones in fidem suam recipiat. *l.* 49. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOMAR.

Item Si decem dare jussum heres vondiderit et tradiderit, dixeritque ascriptum libertati SI VIGINTI DEDISSET; Ex Empto erit actio cum venditore. Aut, si dupla promissa est, ob evictionem duntaxat (9) duplæ repetitio erit; Ex Empto, ob

(1) Qui longo tempore possedit prædium, non auditur allegans se ignorasse tributa quibus esset obnoxium. Vix enim est ut ignorare potuerit. Secus, si illud sit prædium in quod nudo jure hereditario successit.

Cæterum ut ignorantia eum excuset, oportet ut nihil omnino de tributo dixerit. Quod si [quamvis per ignorantiam] dixisset, aut nullo aut minori censu fundum gravatum; teneretur ex ea causa ex qua quis ex suo dicto promissove tenetur : infra N. 77. [per errorem 67.]

(2) Legendum *constituto*.

(3) Cujacius censet legendum, *vectigalia* : quod probatur ex contextu.

(4) Puta, quod is confinis esset homo litigiosus et potens.

(5) Alias, *ventorum vi*.

(6) Id est, si perfecta est emptio. Supponuntur enim arbores vi dejectæ, *antequam emptio contraheretur*.

(7) Qui pluris rem conducere videretur.

(8) In quinquennium agri solebant locari.

(9) Id est, duntaxat postquam evictus fuerit in libertatem : nec enim prius committitur hæc stipulatio.

mendacium (1). *l.* 10. *ff. de Statulib.* PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

§ 3. *An et de dolo futuro teneatur venditor.*

LXII. *Non solum præstare tenetur venditor abesse in contrahendo dolum, sed et post contractum abfuturum. Dolus enim* Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet quominus fundum emptor possideat. Erit ergo Ex Empto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat; cum multis modis accidere poterit ne tradere possit : sed ut si quid dolo malo fecit aut facit, dolos malus ejus æstimaretur. *l.* 68. § 2. *ff. de Contrah. empt.* PAOCUL. LIB. 6. EPISTOL.

Similiter Pomponius : Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita (2), Ex Empto nomine actio emptori competit. Nam et dolum malum eo judicio æstimari oportet; ut id quod præstaturum se pollicitus sit venditor, emptori præstari oporteat. *l.* 6. § 8. LIB. 9. AD SAB.

Item Quod si servum prædium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui; tu Ex Empto habebis actionem, remittendæ ejus servitutis gratia quam pati non debeas. *l.* 8. § 1. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

§ 4. *An pupillus teneatur, si dolum in vendenda re pupillari tutor admiserit.*

LXIII. *De hac specie ita Julianus.* Quum in facto proponeretur tutores hoc idem fecisse (3) qui rem pupillarem vendebant; quæstionis esse ait, an tutorum dolum pupillus præstare debeat? Et si quidem ipsi tutores vendiderunt, Ex Empto eos teneri nequaquam dubium est : sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur in quantum locupletior ex eo factus est, totoribus in residuum perpetuo condemnandis (4); quia nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc quod dolo tutorum factum (5) est. *l.* 13. § 7. ULP. LIB. 32. AD ED.

ARTICULUS VIII.

De fructibus et omni causa rei, necnon de usuris pretii quod re evicta restituendum est, præstandis.

§ 1. *De fructibus et causa rei venditæ.*

LXIV. Ex die emptionis, si pretium (6) numeratum sit, et fructus et operæ servorum et fœtus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 17. § 7.

Enimvero Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit; ad quem et functionum gravamen pertinet. *l.* 13. *Cod. h. t.* DIOCLET. ET MAXIMIAN.

Idem de fœtibus pecorum rescribunt iidem Imperatores. l. 16. Cod. h. t.

Et quidem, etiam Si fructibus jam maturis ager distractus sit; etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. *l.* 13. § 10. ULP. LIB. 31. AD ED.

At vero Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent qui locaverat. Idem et in prædiis urbanis (7); nisi si quid nominatim convenisse proponatur. *d. l.* 13. § 11.

LXV. *Cum fructus et omnis causa rei emptorem sequantur; Hinc* 1.° Si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium (8) quæsitum est, emptori præstabitur.

Et si quid peculio eorum accessit (9); non tamen si quid ex re venditoris. *d. l.* 13. § 13.

Sed et ex re venditoris, uno casu : scilicet Si quid servo distracto venditor donavit (10) ante traditionem, hoc quoque restitui debet. *d. l.* 13. § 18.

2.° Hereditates quoque per servum acquisitæ, et legata omnia : nec distinguendum cujus respectu ista sint relicta. *d.* § 18.

Nec refert etiam a quo fuerit heres institutus. Hinc Quum venditor servum ante traditionem ab emptore pro parte heredem scriptum adire jubet; restituere coheredi servi necesse habet, quia lucrum facere ejus servi jure quem vendidit non debet. Plane non totum quod acquisierit restituet, sed pro ea duntaxat parte qua servus coheredem habuerit. (*l.* 38. § *fin. ff. de Hered. instit.* JULIAN. LIB. 30. DIGEST.); Id est, partem dimidiam servi, et quartam hereditatis.

Libro 30 Digestorum Juliani Marcellus notat; Imo at id debet præstari quod consequi venditor non potuisset, si priusquam adiret servus partem hereditatis, is traditus esset (11). Quod est verum. *l.* 39. *d. tit.* MARCIAN. LIB. 2. REGULARUM.

3.° Sed et si quid præterea rei venditæ nocitum est, actio emptori præstanda est; Damni forte in-

(1) Statim, et antequam perveniat ad libertatem servus venditus; mendacium venditoris dat locum actioni *Ex Empto*, in id quod emptoris interest servum non esse in ea causa ut decem duntaxat datis libertatem assequi possit.

(2) Puta, si eam fecit deteriorem.

(3) Id est, dolum admisisse.

(4) Actione *de Dolo*.

(5) Vid. infra lib. 26. Tit. *Quando ex fact. tut.*

(6) Ita Cujacius ex fide optimi codicis Vesontini restituit hunc textum [Observ. XXI. 15]; cum in aliis editionibus legeretur, *si pars pretii*.

(7) Nam mercedes inquilinorum et colonorum, etsi loco fructuum sint, non tamen sunt fructus eorum prædiorum. Debentur ex contractu locationis-conductionis : in cujus contractus jus emptor non succedit. Cæterum poterit emptor prohibere quominus colonus aut emptor fruantur. Diversum obtinet in venditionibus a fisco factis : l. fin. ff. *de Jure Fisci.* Vid. d. tit. infra lib. 49.

(8) Cur ita; cum mercedes conductionis prædiorum emptorem non sequantur? Respondet Cujacius, mercedes conductionis prædiorum in fructu non videri; quia fructus prædiorum non in eo consistit ut locentur : ex accidenti est quod locentur. Jumenta autem et naves habentur ut locentur.

(9) Scilicet quo casu servus cum peculio esset venditus.

(10) Animo prorsus alienandi hoc quod donat. Secus, si duntaxat concesserat ut id servus haberet quasi in peculio, quod ipsum venditorem sequeretur. Cujac.

(11) Adeoque totum servum, et totum semissem ex quo servus est heres scriptus.

fecti, vel Aquæ pluviæ arcendæ, vel aquiliæ, vel Interdicti Quod vi aut clam. sup. d. l. 13. § 12.

Quæ tamen omnia ita obtinent, nisi aliter inter contrahentes actum sit. Unde Ulpianus : Item quod ex operis servos præstitit venditori, emptori restituendum est; nisi ideo dies traditionis ex pacto prorogatus est, ut ad venditorem operæ pertinerent. *d. l.* 13. § 18. ¶ *item quod.*

Idem de cæteris fructibus et utilitatibus dictum puta.

LXVI. *Tenetur quidem venditor restituere quod ex re vendita percepit ante moram; post moram autem, etiam quod emptor fuisset percepturus.*

Hinc si in tradendo homine vendito moram feci : Non solum (1) quod ipse per eum acquisii, præstare debebo; sed et id quod emptor jam tunc sibi tradito servo acquisiturus fuisset. *l.* 31. § 1. Neratius lib. 3. Membran.

§ 2. *De usuris pretii quod re evicta emptori restituendum est.*

LXVII. Evictis agris, si initio convenit ut venditor pretium (2) restitueret; usuræ quoque post evictionem præstabuntur (3) : quamvis emptor post domini litem inchoatam fructus adversario restituit. Nam incommodum medii temporis, emptoris damnum est. *l.* 18. *ff. de Usur.* Paul. lib. 3. respons.

CAPUT SECUNDUM.

De his quæ ex aliqua speciali lege contractus præstanda veniunt in judicio Empti.

ARTICULUS I.

De præstandis in re vendita, quantitate et qualitate quas affirmavit venditor; necnon his quæ circa diem locumve traditionis promisit.

§ 1. *De quantitate præstanda.*

LXVIII. Si in emptione modus dictus est, et non præstatur; Ex Empto est actio. *l.* 2. Paul. lib. 5. ad Sabin.

Puta Si vas aliquod mihi vendideris, et dixeris certam mensuram capere, vel certum pondus habere, Ex Empto tecum agam, si minus præstes. *l.* 6. § 4. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

Vel si dicas fundum esse tot jugerum, quum sit pauciorum. Et quidem Tenetur Ex Empto venditor, etiamsi ignoraverit (4) minorem fundi modum esse. *d. l.* 6.

Differt tamen ignorans ab eo qui scivit, quod ipse in simplum teneatur. At Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo ejus quod mentitus est officio judicis æstimatione facta convenitur. Paul. sentent. *lib.* 2. *tit.* 17. § 4.

Hæc pœna dupli exolevit, si quidem nulla hujus in libris Justiniani mentio.

LXIX. *Jam vero quomodo æstimabitur quod deest ex modo? Nimirum* In fundo vendito quum modus pronunciatus deest; sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus jugeribus dictis. *l.* 69. § *fin. ff. de Evict.* Scævola lib. 2. quæst.

Pariter Paulus : Si modus agri minor inveniatur, pro numero jugerum auctor obligatus est : quia ubi modus minor invenitur, non potest æstimari bonitas loci qui non extat.

Sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest; sed etiam de partibus ejus : ut puta, si dictum est vineæ jugera tot esse, vel oliveti, et minus inveniatur : ideoque his casibus pro bonitate loci fiet æstimatio. *l.* 4. § 1. Paul. lib. 5. ad Sabin.

LXX. *Quærendum superest, quandiu de minore modo agi possit? De ea quæstione ita Paulus :* Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, et de modo renuntiaret : et si ante eam diem non renuntiasset, ut venditoris fides soluta esset. Emptor intra diem mensuræ quo minorem modum esse credidit, renuntiavit; et pecuniam pro eo accepit : postea cum fundum vendidit : et quum ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modum agri quam putaverat, invenit. Quærebat, an id quod minoris esset, consequi a suo venditore posset? Respondit, Interesse quemadmodum lex diceretur. Nam si ita dictum esset ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur, et domino renuntiet quanto modos agri minor sit; quod post diem trigesimum renuntiasset, nihil ei profuturum. Sed si ita pactum esset, ut emptor in diebus proximis (5) fundum metiatur, et de modo agri renuntiet : etsi in diebus triginta [non (6)] renuntiasset minorem modum agri esse; quamvis multis post annis, posse eum quo minoris modus agri fuisset repetere. *l.* 40. *ff. de Contrah. Empt.* Paul. lib. 4. Epit. Alfen. digestorum.

LXXI. *Hactenus de casu quo rei venditæ quantitas minor est ea quam venditor affirmavit.*

Quid si vice versa major sit? Hoc emptoris lucro cedit.

Hinc Si venditor hominis dixit peculium eum habere decem, nec quemquam ademptorum : etsi plus habet, totum præstet; nisi hoc actum est ut

(1) De casu quo mora facta est, hunc textum recte accipit Cujacius.

(2) Pretium duntaxat, non vero id quod interest.

(3) Et quidem ante moram : cæterum demum ex die evictionis, non ex litis contestatæ; *quamvis emptor, etc.* Ratio esse potest quia non debuit temere litem contestari.

(4) Ita legendum cum Haloandro. Florent. *agnoverit.*

(5) Indefinite.

(6) Supplenda hæc negatio, ex Editione Haloandri.

duntaxat decem præstaret : si minus est; præstet esse decem, et talem servum esse ut taotum peculii habeat. *l.* 38. CELSUS LIB. 8. DIGEST.

Quinetiam Alfenus in specie in qua is Qui fundum tradiderat jugerum centum (1), fines multo amplius (2) emptori demonstraverat; si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate ejus emptori præstandum ait : quamvis id quod relinqueretur, centum jugera haberet (3). *l.* 45. *ff. de Evict.* ALFENUS LIB. 4. DIGEST. A PAULO EPITOMAT.

Cæterum quod dicimus, majorem quantitatem lucro emptoris cedere, obtinet quum per aversionem res væniit : secus, si in singulas mensuras pretium constitutum est.

Hinc Paulus : Qui agrum vendebat, dixit fundi jugera decem et octo esse; et quod ejus admensum erit, ad singula jugera certum pretium stipulatus erat. Viginti inventa suut. Pro viginti debere pecuniam respondit. *l.* 40. § 2. *ff. de Contr. empt.* PAUL. LIB. 4. EPITOM. ALFEN. DIGEST.

LXXII. *Vidimus quid obtinent quum minor majorve modus est, eo quem venditor prædixit. Hinc nascitur quæstio; quid in eo modo computandum? Ea de re ita Paulus :* Littora quæ fundo vendito conjuncta sunt, in modum noo computantur; quia nullius sunt, sed Jure Gentium omnibus vacant : nec viæ publicæ aut loca religiosa vel sacra. Itaque, ut proficiant venditori; caveri solet, ut viæ, item littora et loca publica, in modum cedant. *l.* 51. *ff. de Contr. empt.* PAUL. LIB. 21. AD ED.

Et alibi : Quod venditur (4), in modum agri cedere debet; nisi si id actum est ne cederet (5). At quod non vænit (6), in modum cedendum (7) si id ipsum actum est ut cederet; veluti viæ publicæ limites, luci qui fundum taogunt : quum vero neutrum (8) dictum est, cedere non debet. Et ideo nominatim caveri solet ut luci, viæ publicæ quæ in fundo sint totæ in modum cedant. *l.* 7. § 1. *de Peric. et comm. rei vend. l.* 7. § 1. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Quæritur an quod per alluvionem post contractum accrevit, in modo computetur? Sic distingnit post Neratium Ulpianus : Si Titius fundum in quo nonaginta jugera erant, vendiderit; et in lege emptionis dictum est, in fundo centum esse jugera; et antequam modus manifestetur, decem jugera alluvione accreverint : placet mihi Neratii sententia existimantis ut, si quidem sciens vendidit, Ex Empto actio competat adversus eum, quamvis decem jogera accreverint; quia dolo fecit, nec dolus purgatur; si vero ignorans vendidit, Ex Empto actionem non competere. *l.* 13. § 14. ULP. LIB. 31. AD ED.

LXXIII. *Quod* Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronunciaverit, et ita utrumque uno pretio tradiderit; et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet : forte si dixit unum centum jugera, alterum ducenta habere : non proderit ei quod in altero ducenta decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed (9) an exceptio Doli mali venditori profutura sit, potest dubitari? utique si exiguus modus sylvæ desit, et plus io vineis habeat quam repromissum est. An (10) non facit dolo qui Jure perpetuo (11) utitur? Nec enim hic quod amplius in modo invenitur quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet : et tunc tenetur venditor, quum minor modus iovenitor. Videamus tamen ne ulla querela sit emptoris in eodem fundo; si plus inveniat in vinea quam in prato, quum uoiversus modus constat.

Similis quæstio esse potest ei quæ in duobus fundis agitata est, et si quis duos statuliberos uno pretio vendat; et dicat unum decem dare jussum, qui quindecim dare debebat (12). Nam et hic tenebitur Ex Empto actione (13), quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit.

Sed rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari; et si quid deest emptori, sive pro modo, sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri. *l.* 42. PAUL. LIB. 2. QUÆST.

Minorem difficultatem continet sequens species. Rutilia-Polla emit lacum Sabatenem angularium (14); et circa eum lacum, pedes decem. Quæro numquid et decem pedes qui tunc accesseruot, sub aqua

(1) Id est, quem dixit esse jugerum centum.

(2) *Ampliores :* Haloand.

(3) Igitur venditor non solum retinere non potest quod est supra quantitatem quam affirmavit; sed etiam de ejus evictione tenetur.

(4) Id est, quod est pars rei venditæ.

(5) Puta; si dictum est agrum esse centum jugerum præter fossas quibus ambitur quamvis fossæ sint pars agri.

(6) Quod non est pars rei venditæ; ut via publica.

(7) Neutraliter; id est, *cedere debet.*

(8) Id est, si neo dictum est quod hoc cederet, neo dictum est quod non cederat.

(9) Ita quidem obtinet summo Jure. Nam hoc Jure, cum major modus cedat lucro emptoris [ut supra N. 71.]; venditor non potest compensare quod emptori in modo alterius fundi deest. Tamen rationem dubitandi affert; num aliud videatur suadere æquitas, repellendusque sit per exceptionem *Doli* emptor, quasi inique queratur qui nullam injuriam patitur, et quod sibi ex modo fundi deest, in altero meliore inveniat.

(10) Schultingius legit, *at non;* quasi sit responsio ad præcedentem dubitationem. Potest retineri lectio eodem sensu.

(11) *Jus perpetuum* hic appellat jus summum, jus publicum, qood *perpetuum* appellat quia perpetuo obtinet. Non igitur necesse est ut pro *jure perpetuo* substituamus cum Cujacio ad h. l. *jure publico.*

(12) Supple : alter autem quem decem pariter dare debere dixerat, quinque duntaxat dare jussus sit.

(13) Ex sententia scilicet eorum qui summum Jus sequuntur, quæ modo improbabitur ¶ *sed rectius est.*

(14) Id est, ut putat Gothofredus, lapidibus angularibus seu quadratis munitum. Alias *anguillarium;* id est, ubi anguillæ serventur.

sint, quia lacus erevit (1); an proximi pedes decem ab aqua, Rutiliæ-Pollæ juris sint? Proculus respondit: Ego existimo eatenus lacum quem emit Rutilia-Polla vænisse quatenus tunc fuit, et circa eum decem pedes qui tunc fuerunt. Nec ob eam rem quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet quam emit. *l.* 69. *ff. de Contrah. empt.* PROCULUS LIB. 11. EPISTOLARUM.

LXXIV. *Vidimus quid computetur in modo rei venditæ. Circa mensuras autem quibus in re metienda utendum sit;* Imperatores Antoninus et Verus Augusti Sextio-Vero in hæc verba rescripserunt: « QUIBUS mensuris aut pretiis negotiatores » vina compararent, in contrahentium potestate » esse. Neque enim quisquam cogitur vendere, si » aut pretium aut mensura displiceat; præsertim » si nihil contra consuetudinem regionis fiat ». *l.* 71. *ff. de Contrah. empt.* PAPIRIUS-JUSTUS LIB. 1. CONST.

LXXV. *Circa quantitatem quam venditor præstare tenetur, unum observandum superest: scilicet quod, posteaquam quis agrum vendidit,* Si servus domini jussu in demonstrandis finibus agri venditi vel errore vel dolo plus demonstraverit: id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit. Et idem Alfenus scripsit de vacua possessione per servum tradita. *l.* 18. § 1. *d. tit.* PAUL. LIB. 9. AD SABIN.

§ 2. *De præstanda qualitate quam venditor affirmavit in re vendita.*

LXXVI. Si in qualitate fundi venditor mentitus sit, non in modo ejus; tamen tenetur emptori. Pone enim dixisse eum quinquaginta jugera esse vineæ, et quinquaginta prati; et in prato plus inveniri: esse tamen omnia centum jugera (2). *l.* 22. JUL. LIB. 7. DIGEST.

Item Ulpianus: Si fundo vendito, in qualitate jugerum captio est; Ex Empto erit actio. *l.* 34. ULP. LIB. 18. AD ED.

Pariter in venditionibus mancipiorum responsum est, Si venditor dolo fecerit ut rem pluris venderet; puta, de artificio mentitus est, aut de peculio; Empti eum judicio teneri: ut præstaret emptori quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus. *l.* 13. § 4. ULP. LIB. 32. AD ED.

LXXVII. *Non solum autem quum dolo fecit et rem talem esse mentitus est, tenetur; sed et quum bona fide eam talem esse existimans affirmavit.*

Hoc in venditione servi docet Ulpianus. Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, asseveravit autem bonæ frugi et fidum, et caro vendidit: videamus an Ex Empto teneatur? Et putem teneri. Atqui ignoravit? Sed non debuit facile quæ ignorabat asseverare. Inter hunc igitur et qui scit, interest: qui scit, præmonere debuit furem esse; hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. *d. l.* 13. § 3.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Si minor a venditore sive sciente, sive ignorante dicebatur capitatio (3) prædii venditi, et major inventa sit; in tantum convenitur, in quantum si scisset emptor ab initio minus daret pretii. Sin vero hujusmodi onus et gravamen functionis cognovisset, nullam adversus venditorem habet actionem. *l.* 9. *Cod. h. t.*

Varie tamen tenetur venditor, prout scivit aut ignoravit. Nam V. G. si vestimenta interpola quis pro novis emerit; Julianus ait: Si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine (4) teneri; si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit (5). Quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur ut aurum quod vendidit præstet. *l.* 45. *ff. de Contrah. empt.* ¶ *qui ait.* MARCIANUS LIB. 4. REGUL.

LXXVIII. *Venditor actione* Ex Empto *eo nomine conveniri potest, statim atque emptor Interdicto prohibetur possidere rem ut talem qualem illam esse venditor affirmavit; etiamsi super ipso jure lis pendeat. Et hac in re pinguior est actio* Ex Empto, *quam actio* Ex stipulatu.

Hinc Si quis fundum emerit quasi per eum fundum eundi agendi jus non esset, et Interdicto (6) DE ITINERE ACTUQUE victus sit, Ex Empto habebit actionem. Licet enim stipulatio De evictione non committatur, quia non est de jure servitutis IN REM actione pronunciatum; tamen dicendum est, Ex Empto actionem competere. *l.* 35. ULP. LIB. 70. AD ED.

LXXIX. *Observandum superest, ita demum ea nomine agi posse; si emptor, quum contraheret, qualis res esset ignorabat.*

Enimvero Labeo libro Posteriorum scribit, Si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Tre-

(1) Sensus est: cum lacus postea crevisset, quæsitum est an decem pedes qui venditioni accesserunt, metiendi sint *sub aqua*, an *proximi ab aqua* seu ab eo loco quousque excurrit aqua.

(2) In hac specie quod plus est in prato, non compensat quod deest vineis; quia pratum minus pretiosum est vinea: secus esset vice versa supra N. 73.

(3) Census.

(4) Id est, eatenus teneri, quatenus minoris essent quam nova.

(5) Finge V. G. emptorem ea alteri promisisse tanquam nova, addita pœna nisi nova essent: a venditore suo consequetur hanc pœnam in quam ipse incidit.

(6) Quo vincit is qui triginta diebus proximis usus est. Nondum igitur constat, rem non esse a servitute Itineris liberam, qualem eam esse venditor affirmavit: hoc demum constabit, quum mota actione *Negatoria*, de jure servitutis pronunciatum erit. Interim nondum videtur evicta libertas prædii, de qua venditor affirmavit. Tamen quia interim emptori non frui licet fundo ut re libera, habet actionem *Ex Empto* contra venditorem; qui tenetur eum inducere in vacuam possessionem rei qualem illam esse affirmavit.

batio placere ita emptori præstandum quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat: in qua et Julianus est. *l.* 45. *ff. de Contrah. empt.* Marcian. lib. 4. regularum.

His consequens est quod Ea quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant: veluti si dicat servum speciosum, domum bene ædificatam. At si dixerit hominem litteratum vel artificem, præstare debet: nam hoc pluris vendit. *l.* 43. *d. tit.* Florent. lib. 8. instit.

Hinc est et quod Quædam etiam pollicitationes venditorem non obligant; si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit: veluti si quis hominem luminibus effossis emat, et de sanitate stipuletur. Nam de cætera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo in quo se ipse decipiebat. *d. l.* 43. § 1.

§ 3. *De præstando quod circa diem et locum traditionis, venditor promisit.*

LXXX. *Tenetur etiam venditor; si non impleat quod circa diem et locum traditionis promisit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Cum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas; Ex Empto actione cum, quanti intersit tua si tunc tibi præstita fuisset, apud Præsidem provinciæ convenire potes. *l.* 10. *Cod. h. t.*

Quod si nec dies traditioni adjecta est, nec in mora fuerit constitutus; nihil ob tardam solutionem peti poterit.

Unde iidem Imperatores: Ultra modum tritici distracti, citra pactum, in solutione mora non facta, nihil emptor exigere potest. *l.* 15. *Cod. h. t.*

LXXXI. *In quo autem hoc interesse quod ex mora venditor debet, regulariter consistat; docet Pomponius. Nimirum* Si per venditorem vini mora fuerit quominus traderet, condemnari eum oportet utro tempore pluris vinum fuit; vel quo vænit, vel quo lis in condemnationem deducitur (1). Item quo loco pluris fuit, vel quo vænit, vel ubi agatur. *l.* 3. § 3. lib. 9. ad Sabin.

Obiter nota vice versa: Quod si per emptorem mora fuisset, æstimari oportet pretium quod sit quum agatur, et quo loco minoris sit. Mora autem videtur esse (2), si nulla difficultas venditorem impediat quominus traderet; præsertim si omni tempore paratus fuit tradere. Item (3) non oportet ejus loci pretia spectari in quo agatur, sed ejus ubi vina tradi oportet. Nam quod a Brundusio (4) vinum vænit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet. *d. l.* 3. §. 4.

ARTICULUS II.

De his de quibus convenit ut venditioni accederent.

LXXXII. *In actione* Ex Empto, *non solum venit ut præstetur res quæ principaliter vænit; sed etiam ut præstentur omnia de quibus convenit expresse aut tacite ut venditioni accederent.*

De his autem tacite convenisse ut venditioni accederent intelligitur; sine quibus res quæ principaliter vænit, aut etiam illa de quibus expresse ut accederent convenit, haberi non possent. Unde et hæc quoque veniunt actione Ex Empto *præstanda.*

Hinc Paulus: Venditor In lege fundi aquam accessuram dixit: quærebatur an etiam iter aquæ accessisset? Respondit, Sibi videri actum esse: et ideo iter quoque (5) venditorem tradere oportere. *l.* 40. § 1. *ff. de Contrah. empt.* Paul. lib. 4. epit. Alfen. digest.

LXXXIII. *Circa hæc accessoria quæ actione* Ex Empto *venire diximus, illud notandum quod:* Si quis rem vendiderit, et ei accessurum quid dixerit; omnia quidem quæ diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sunt: ut tamen evictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantum obligetur ut emptori habere liceat; et non solum per se, sed per omnes. *l.* 11. § 17. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Consonat quod ait Pomponius: Evicta re vendita, Ex Empto erit agendum de eo quod accessit; quemadmodum ea quæ empto fundo nominatim accesserunt, si evicta sint, simplum præstatur. *l.* 16. *ff. de Eviction.* lib. 9. ad Sabin.

LXXXIV. Quidquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet: veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa sed integra dare debet. *l.* 27. Paul. lib. 3. epitom. Alfen.

Obiter observandum, circa hoc pactum quo convenit ut venditioni fundi certus numerus doliorum accedat, tres casus fingi posse.

Primus casus. Si dolia octoginta accedere fundo quæ infossa essent dictum erit, et plura erunt, quam ad eum numerum: dabit emptori ex omnibus quæ vult, dum integra det. *l.* 54. § 1. Labeo lib. 2. Pithanon.

(1) Hoc commune omnibus *Bonæ fidei* judiciis; ut propter moram æstimetur res debita quanti plurimi fuit usque ad tempus condemnationis. In judiciis autem *Stricti Juris*, æstimatur quanti plurimi fuit usque ad tempus litis contestatæ.

(2) Per emptorem.

(3) Quæ supra dicta sunt, obtinent si non sit dictus locus quo res traderetur. Quod si condictus sit traditionis locus; ejus loci pretium spectatur, non autem ejus quo vænit aut quo agitur. Cujac.

(4) Id est, ut traderetur Brundusii.

(5) Nil enim prodesset tibi habere jus aquam hauriendi, si non habeas iter.

Secundus casus est : Si sola octoginta sunt : qualiacumque emptorem sequentur ; nec pro non integris quicquam ei venditor præstabit (1). *d.* § 1.

Tertius casus. Si quis quum fundum venderet, dolia centum quæ in fundo esse affirmabat accessura dixisset : quamvis ibi nullum dolium fuisset, tamen dolia emptori debebit. *l.* 26. ALFENUS-VARUS LIB. 2. DIGEST.

LXXXV. In his autem quæ cum re empta præstari solent, non solum dolum, sed et culpam præstandam arbitror. Nam et Celsus libro 8 Digestorum scripsit, Quum convenit ut venditor præteritam mercedem exigat, et emptori præstet; non solum dolum sed et culpam eum præstare debere. *l.* 13. § 16. ULP. LIB. 32. AD ED.

Pariter Proculus : Si quum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse : existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam præstare debere; id est, non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa. *l.* 68. *ff. de Contrah. Empt.* PROC. LIB. 6. EPISTOL.

(1) Ratio est quod certa corpora doliorum quæ certo loco posita essent, et quæ emptor videre potuit, demonstrata sunt. Porro non præstatur vitium quod emptorem non latuit, aut non debuit latere.

SECUNDA PARS.

De actione VENDITI.

LXXXVI. Ex VENDITO actio venditori competit, ad ea consequenda quæ ei ab emptore præstari oportet. *l.* 13. § 19. ULPIAN. LIB. 33. AD ED.

Circa hanc actionem duo quæremus; 1.° Quæ requirantur ut hac actione agat venditor; 2.° Quæ in ea veniant præstanda.

ARTICULUS I.

Quæ requirantur ut possit venditor agere actione Venditi, *et quando ab ea summoveatur.*

LXXXVII. *Actione* Venditi *ita agere venditori permittetur, si non ipse traditioni moram faciat.*

Unde Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore; adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit, SI EA PECUNIA DE QUA AGITUR NON PRO EA RE PETITUR QUÆ VÆNIT NEQUE TRADITA EST. *l.* 25. JUL. LIB. 54. DIGEST.

Obiter nota : Cæterum post traditionem, sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur; Ad exhibendum vel Injuriarum agere poterit : quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur. *d. l.* 25.

LXXXVIII. *Sed et postquam res tradita est, venditor ab actione* Venditi *summovendus est, si res in ea causa sit ut redhibeatur.*

Nam Quum in ea causa est venditum mancipium ut redhiberi debeat; iniquum est venditorem pretium redhibendæ rei consequi. *l.* 59. *ff. de Ædil. Edict.* ULP. LIB. 74. AD ED.

Sed et Si quis duos homines uno pretio emerit, et alter in ea causa est ut redhibeatur; deinde petatur pretium totum; exceptio erit objicienda. Si tamen pars pretii petatur; magis dicetur non nocere exceptionem, nisi forte ea sit causa in qua propter alterius vitium, utrumque mancipium redhibendum sit. *d. l.* 59. § 1.

LXXXIX. *Item inhibetur actio* Venditi, *si emptor de re ab aliquo quæstionem patiatur.*

Hinc Scævola in specie sequenti : Ex quadrante heres scriptus, a coherede ex dodrante instituto emit portionem certa quantitate; ex qua aliquam summam in nominibus ex kalendario uti daret stipulanti, spopondit. Defuncto venditore hereditatis, falsum testamentum Septicius accusare cœpit, et hereditatem ab emptore petiit; et ne quid ex ea minueret, impetravit. Quæsitum est, cognitione falsi pendente, an heredes Ex stipulatu petentes, Doli exceptione summoveantur? Respondit, Heredes venditoris, si ante eventum cognitionis pergant petere, exceptione Doli mali posse summoveri. *l.* 17. § 2. *ff. de Dol. et met. except.* SCÆVOLA LIB. 27. DIGEST.

Excludi quidem potest venditor pretium non solutum petens. Verum si pretium sit solutum; Mota quæstione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest. *l.* 74. § 2. *ff. de Evict.* HERMOGENIANUS LIB. 2. JURIS EPITOM.

Quod tamen diximus, mota quæstione venditorem interim pretium petere non posse ; ita obtinet, nisi venditor satisdationem offerat. Unde Papinianus : Ante pretium solutum, dominii quæstione mota, pretium emptor solvere non cogetur; nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur. *l.* 18. § 1. *ff. de Peric. et comm. rei vend.* PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Multo magis postquam res evicta fuerit aut redhibita, venditor petere pretium non poterit : et quidem etiam in hac specie. Si servus væniit ab eo cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino; agenti venditori de pretio, exceptio opponitur redhibitionis : licet etiam is qui vendidit domino pretium solverit. *l.* 5. § 4. *ff. de Dol. et met. except.* PAUL. LIB. 71. AD ED.

Simili modo Etiam mercis non traditæ excep-

tione summovetur, et qui pecuniam domino jam solvit: et ideo is qui vendidit, aget adversus dominum. Eamdem causam esse Pedius ait, ejus qui negotium nostrum gerens vendidit. *d.* § 4. ¶ *etiam mercis.*

XC. *Sed etsi emptori quidem liceat rem habere, at non ex causa emptionis hoc ei liceat; actio* Venditi *excludetur.*

Hinc Si rem quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim; falsum esse quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi Ex Vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat: quia nec bonæ fidei conveniret, et ego ex alia causa rem haberem. *l.* 29. *ff. de Evict.* Pompon. lib. 11. ad Sabin.

ARTICULUS II.

Quæ veniant in actione Venditi.

XCI. Veniunt autem in hoc judicium infra scripta; imprimis pretium quanti res væniit: item usuræ pretii post diem traditionis. Nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere. *l.* 13. § 20. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Venit et præstatio eorum quæ pretio accessura emptor promisit, item eorum de quibus convenerit inter contrahentes. Veniunt quoque sumptus a venditore facti, et dolus emptoris.

§ 1. *De pretio et ejus usuris et accessionibus.*

XCII. *Circa pretium duo veniunt observanda.*

1.° Emptor autem nummos venditoris facere cogitur. *l.* 11. § 2. ¶ *fin.* Idem.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si servos distraxisti, ac pretium de peculio eorum quod ad te pertinebat, nesciens unde solveretur accepisti: consequens est, in integrum te habere actionem pretii; cum proprii venditoris nomini soluti, non præstent emptori liberationem (1). *l.* 7. *Cod. h. t.*

2.° *In pretio quod actione* Venditi *peti potest, id quoque computatur quod per errorem placuit compensari cum eo quod venditor se emptori debere falso putabat.*

Ita enim rescribunt Valerianus et Gallienus : Vendidi actionem ad recipiendum residuum pretium intendere adversario tuo poteris. Nec quod in compensationem venerit, quasi et tu invicem deberes, id obesse tibi poterit: si in bonæ fidei contractu (in quo majores etiam viginti quinque annis, officio judicis in his quæ dolo commissa sunt adjuvantur) justo errore te ductum, vel fraude adversarii captum, quasi debitum id esset quod revera non debebatur, pepigisse monstraveris. Fructus quoque perceptos ante venditionem contractam; quos, cum venditioni non accessissent, eumdem emptorem invasisse proponis; eodem judicio reposces. *l.* 2. *Cod. h. t.*

XCIII. *Veniunt et usuræ pretii ex die traditæ possessionis.* Possessionem autem traditam accipere debemus; etsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi. *l.* 13. § 21. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Curabit Præses provinciæ compellere emptorem, qui nanctus possessionem fructus percepit, partem pretii quam penes se habet, cum usuris restituere: quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris ætatis favor (2), licet nulla mora intercesserit, generavit. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Nec ideo minus debentur usuræ, quod nullus extaret cui pretium solveretur.

Hinc Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit; medii quoque temporis usuræ pretii quod in causa depositi non fuit, præstabuntur. *l.* 18. § 1. *ff. de Usur.* Paul. lib. 3. respons.

XCIV. *Quod si res tradita non est :* Venditor pretium tantum; ac, si mora intercessisse probetur (3), usuras officio judicis exigere potest. *l.* 13. *Cod. h. t.* ¶ *venditor quoque.* Diocl. et Maxim.

Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat præstabit; non omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quærere potuit. *l.* 19. *ff. de Peric. et comm. rei vend.* Hermogenian. lib. 2. Juris epitom.

Sed nec si ita convenerit, peti quid ultra usuras ob tardiorem solutionem potest.

Nam Papinianus respondisse se refert, Si convenerit ut ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur; in fraudem Constitutionum videri adjectum quod usuram legitimam excedit. Diversamque causam Commissoriæ (4) esse ait: cum ea specie (inquit) non fenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur. *sup. d. l.* 13. § 26.

XCV. *Hactenus de pretio et pretii usuris.*

Datur etiam actio Venditi *ad præstanda quæcumque pretio accessura emptor promisit.*

Varia exempla afferri possunt.

Primum. Si aream tibi vendidi certo pretio, et

(1) Nec enim facit eos nummos venditoris, qui jam erant venditoris.

(2) Ex abundanti hæc ratio, superiori [quæ vera et germana ratio est] adjungitur. Nam et cessante favore ætatis, scilicet quum venditor est major 25. annis, idem statuendum est.

(3) Scilicet si, quum venditor offerret rem tradere, emptor in mora esset solvendi pretium.

(4) Qua convenit ut pretio ad certum diem non exsoluto, res sit inempta; et quod ex pretio solutum est amittatur.

tradidi ita ut insula ædificata partem dimidiam mihi retradas; verum est, et ut ædifices agere me posse Ex Vendito, et ut ædificatam mihi retradas. Quandiu enim aliquid ex re vendita apud te superesset, Ex vendito me habere actionem constat. *l.* 6. § 2. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

Secundum. Si inter emptorem prædiorum et venditorem convenisset, ut si ea prædia emptor heresve ejus pluris vendidisset, ejus partem dimidiam venditori præstaret; et heres emptoris pluris ea prædia vendidisset; venditorem Ex Vendito agendo, partem ejus quo pluris vendidisset consecuturum. *l.* 13. § 24. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Tertium. Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, Ex Vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit. *l.* 21. § 4. Paul. lib. 33. ad Ed.

Non dissimile est quod ait Javolenus. Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse Ex Vendito agi, ut id quod convenerit fiat. Ego contra puto: si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut hæc tibi conductio præstaretur. Nam hoc ipsum pretium fundi videtur, quo ex pacto venditus fuerat. Eoque Jure utimur. *l.* 79. *ff. de Contrah. empt.* Javolen. lib. 5. ex Posterior. Labeonis.

Quartum. Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine Ex Vendito est, si alii vendideris. *l.* 21. § 5. Paul. lib. 33. ad Ed.

Et generaliter : Qui fundum vendidit ut eum certa mercede conductum ipse habeat; vel, si vendat, non alii sed sibi distrahat; vel simile aliquid paciscatur: ad compellendum id quod pepigerunt, Ex vendito agere poterit. *l.* 75. *ff. de Contrah. empt.* Hermogen. lib. 2. Juris epitom.

§ 2. *Quæ alia veniant in actione* Venditi.

XCVI. *Alia adhuc in actione* Venditi *venire possunt.*

Et 1.° *ait Labeo :* Item si convenerit, quum res væniret, ut locuples ab emptore reus (1) detur; Ex Vendito agi posse, ut id fiat. *l.* 13. § 23. Ulp. lib. 32. ad Ed.

2.° *Agitur hac actione ut emptor rem venditam tollat. V. G.* Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit; Ex Vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. *l.* 9. Pompon. lib. 20. ad Sabin.

XCVII. *Venditor* Præterea Ex Vendito agendo, consequetur etiam sumptus qui facti sunt in re distracta; ut puta si quid in ædificia distracta erogatum est. Scribunt enim Labeo et Trebatius, esse Ex Vendito hoc nomine actionem. Idem, et si in ægri servi curationem impensum est ante traditionem; aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi.

Hoc amplius Labeo ait, Et si quid in funus mortui servi impensum sit, Ex Vendito consequi oportere: si modo sine culpa venditoris mortem obierit. *sup. d. l.* 13. § 22.

Et generaliter, quemadmodum Post perfectam venditionem fœtus quoque pecorum emptori; *(ita)* venditori vero sumptus si quos bona fide fecit, restitui debere notissimum est. *l.* 16. *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

Cibaria autem non repetit venditor ante moram emptoris; cum interim servus ei serviat.

Quod Si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur; pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus-Ælius, Drusus, dixerunt, quorum et mihi justissima videtur esse sententia. *l.* 38. § 1. Celsus lib. 8. digest.

XCVIII. *Venit etiam in actione* Venditi, *quanti venditoris interest dolum emptoris in contrahendo non abfuisse; sicut in actione* Empti *hoc idem venit.*

Unde Si quis a me oleum quod emisset, adhibitis iniquis ponderibus accepisset ut in modo me falleret; vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus; Pomponius ait, posse dici venditorem sibi dari oportere quod plus est petere: Quod habet rationem. Ergo et emptor Ex Empto habebit actionem, qua contentus esse possit. *l.* 32. Ulp. lib. 11. ad Ed.

Aliud exemplum habes in eo quod, postquam de dolo venditoris Julianus locutus est, Per contrarium quoque idem Julianus scribit: Quum Terentius-Victor decessisset relicto herede fratre suo, et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia villicus quidam substraxisset; quibus substractis facile quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an Venditi judicio teneri possit? Et ait Julianus, Competere actionem Ex Vendito, in tantum quanto pluris hereditas valeret si hæ res substractæ non fuissent. *l.* 13. § 5. Ulp. lib. 32. ad Ed.

(1) Qui pretium pro emptore venditori promitteret.

TITULUS II.

LOCATI-CONDUCTI.

A *Contractu Emptionis-venditionis, de quo toto superiore libro et primo hujus libri Titulo actum est; ad contractum* Locationis-Conductionis *qui illi valde affinis est, transeunt Pandectarum ordinatores.*

Quæ de hac materia in hoc Titulo traduntur, in tres partes distribuam. In 1.ª expendetur natura contractus Locationis-conductionis; recensebimusque et interpretabimur varia pacta quæ huic contractui adjici solent. In 2.ª Parte, late tractabimus de actionibus quæ ex hoc contractu descendunt. In 3.ª videbimus ea quæ pertinent ad finiendam Locationem-conductionem; et de Reconductione.

Subjungentur Appendices duæ: Prior, de pignoribus et fidejussoribus a Conductore datis; altera, de jure Emphyteutico.

PRIMA PARS.

De natura contractus Locationis-conductionis; et de pactis quæ huic vulgo adjiciuntur.

ARTICULUS I.

De natura contractus Locationis-conductionis.

I. *Locatio-conductio est contractus quo de re fruenda vel facienda pro certo pretio convenit.*

Enimvero non fruendum solum, sed et Quoties faciendum aliquid datur, locatio est. *l.* 22. § 1. Paul. lib. 34. ad Ed.

§ 1. *Quomodo contrahatur Locatio-conductio, et quæ ejus substantiam constituant.*

II. Locatio et Conductio cum naturalis (1) sit et omnium gentium, non verbis (2) sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio. *l.* 1. Paul. lib. 34. ad Ed.

Unde Diocletianus et Maximianus: Contractus Locationis Conductionisque, non intervenientibus etiam instrumentis ratus habeatur. *l.* 24. *Cod. h. tit.*

Igitur tria duntaxat hunc contractum constituunt: res quæ fruenda aut facienda conceditur; pretium quod pro ea fruenda aut facienda dari convenit; et consensus circa supra dicta.

III. Rem *quam dicimus ad substantiam hujus contractus pertinere, non stricte accipe. Nam non solum res, sed et operæ locari possunt; et quidem etiam liberi hominis operæ. Nam* Homo liber qui statum suum in potestate habet, et pejorare eum et meliorem facere potest; atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat. Paul. Sentent. *lib.* 2. *tit.* 18. § 1.

Quædam tamen sunt, in quæ Locatio non cadit: puta Locare servitutem nemo potest (3). *l.* 44. Ulp. lib. 7. ad Ed.

Item Rei suæ Conductio nulla est. *l.* 45. Ibid.

IV. *Pertinet quoque* Pretium *ad hujus contractus substantiam. Hinc* Locatio Donationis causa contrahi non potest. *l.* 20. § 1. Paul. lib. 33. ad Ed.

Cæterum quum in contrahendo constitutum est pretium animo illud exigendi; non infirmabitur contractus, quamvis ex intervallo remissum fuerit.

Unde Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam; Ex Locato et Conducto agendum erit. *l.* 5. Ulp. lib. 28. ad Ed.

Circa pretium autem, hæc concurrere oportet, 1.° Ut in pecunia numerata consistat aut saltem in certa quantitate fructuum (4) *quos fert res locata; ut in decursu videbimus; 2.° Item debet esse certum; 3.° et serium.*

V. *Pretium certum esse debere docet Gaius. Ita ille:* Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim; si quidem gratis hanc operam te suscipiente, Mandati est obligatio; si vero mercede data aut cons-

(1) Id est, cum is contractus sit in quo merum Jus naturale servatur.

(2) Verborum solemnitatem non requirit.

(3) Hoc accipe de servitute prædiali; et ratio est quia non potest usui esse alteri quam domino prædii cui debetur: ususfructus vero locari potest; secus de usu.

(4) Ut patet ex leg. 18 et 21. Cod. h. tit. Item agrorum frumento locatorum mentionem facit Livius XXVII. 3.

tituta, Locationis Conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces; sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur quantum inter nos statutum sit; placet quasi de novo negotio (1) IN FACTUM dandum esse judicium, id est, Præscriptis verbis. *l.* 22. *ff. de Præscript. verb.* GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Cæterum sufficit pretium esse relative certum.

Unde idem Gaius: Si merces promissa generaliter (2) alieno arbitrio, Locatio et Conductio contrahi non videtur. Sin autem quanti Titius æstimaverit: sub hac conditione stare Locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem et mercedem persolvi oporteat et Conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire; tunc pro nihilo esse Conductionem, quasi nulla mercede statuta. *l.* 25. IBID.

VI. *Denique pretium debet esse serium; id est, quod tanquam æstimatio fruitionis aut operæ quæ locatur, sit constitutum; non dicis causa, et adumbrandæ donationis gratia.*

Hinc Si quis conduxerit nummo uno, Conductio nulla est; quia et hoc donationis instar inducit. *l.* 46. ULPIAN. LIB. 69. AD ED.

Hinc Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, Locatio nulla est (3). Quum (4) autem depositum inter eas personas minoris, donationis causa, æstimatur; depositum est. Hæc ideo tam varie; quia Locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest; depositum autem et citra æstimationem quoque dari potest (5). *l.* 52. *ff. de Donat. inter vir. et uxor.* PAPIN. LIB. 9. QUÆST.

Non desideratur autem in pretio exactissima æquitas.

Enimvero Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere; et ita invicem se circumscribere: ita in Locationibus quoque et Conductionibus Juris est. *l.* 22. *§ fin.* PAUL. LIB. 34. AD ED.

Et ideo, prætextu minoris pensionis Locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi Locatio non potest. *l.* 23. HERMOG. LIB. 2. JURIS EPITOM.

VII. *Tertium quod ad substantiam Locationis requiritur, est* CONSENSUS; *qui tam circa rem quam circa pretium debet intervenire.*

Unde V. G. Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere; nihil agitur.

Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere: utique non pluris erit Conductio, quam quanti ego putavi (6). *l.* 52. POMPON. LIB. 31. AD Q. MUCIUM.

VIII. *Vidimus quæ contractum Locationis-conductionis constituant, et quomodo contrahatur. Adhuc observandum quod non solum pure; sed* Sicut emptio; ita et Locatio sub conditione fieri potest. *l.* 20. PAUL. LIB. 33. AD ED.

§ 2. *In quo conveniat Locatio-conductio cum emptione-venditione, aut ab ea differat.*

IX. *Ex his quæ de natura contractus Locationis-conductionis diximus, facile animadvertitur quod* Locatio et Conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque Juris regulis constitit. Nam ut emptio et venditio contrahitur, si de pretio convenerit; sic et Locatio et Conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit. *l.* 2. GAIUS LIB. 2. RERUM QUOTIDIAN.

Hinc Veteres in Emptione venditioneque, appellationibus promiscue utebantur (*l.* 19. *ff. de action. Empti.* GAIUS AD ED. PRÆTOR. TIT. DE PUBLICANIS.): Idem est (7) et in Locatione-Conductione. *l.* 20. *d. tit.* GAIUS. LIB. 2. AD ED. PROVINC.

Adeo autem familiaritatem aliquam habere videtur emptio et venditio, item Locatio et Conductio; ut in quibusdam quæri soleat utrum emptio et venditio sit, an Locatio et Conductio. Ut

(1) Id est, quasi de negotio quod non sit Locatio, sed nova negotii species, contractusque innominatus: quia scilicet desit certum pretium.

(2) Nulla designata persona quæ arbitraretur.

(3) Inter conjuges Locatio viliori pretio facta non valet, quia donatio inter conjuges prohibetur. Inter cæteras vero personas, modo pretium non sit imaginarium et nullius fere valoris, quamvis sit justo pretio vilius, Locatio nihilominus valet: nec enim in pretio exacta æquitas requiritur, ut mox dicetur.

(4) Objectio, ad quam mox respondet.

(5) Hæc æstimatio in deposito ex abundanti facta est; porro *Quod abundat, non vitiat.* In contractu Locationis, merces est de substantia contractus: cum sit igitur lusoria et non seria, nullus est contractus.

(6) Nam intra hoc pretium consensimus. Qui enim vult conducere decem, a fortiori vult conducere quinque: at non vice versa.

(7) Cujacius legit, *id est*: ut sensus sit, Veteres Locationem promiscue etiam appellasse *Venditionem*, quasi locator vendat fructus aut usum; et pariter Conductionem appellasse *Emptionem*. Valde probabilior est hæc Cujacii interpretatio, quam quæ vulgo his legibus affertur; Veteres interdum dixisse *Emptionem* pro venditione et vicissim, item *Locationem* pro Conductione. Etsi enim in legum textu passim confundantur nomina actionum quæ ex his contractibus descendunt; et emptor dicatur agere *Ex Vendito*, pro *Ex Empto et vendito*; sicut vice versa actio *Conducti* dicitur, pro *Locati-conducti*: nulla tamen auctoritate vel Jurisconsultorum vel peritorum Scriptorum probari posset, *Emptionem* dictam esse pro Venditione, aut *Locationem* pro Conductione: alius enim et longe diversus est actus ementis ab actu vendentis; item Locantis actus, ab actu Conducentis. Contra, pluribus testimoniis probatur Locationes multarum rerum appellatas fuisse *Venditiones*; puta, hoc testimonio Festi: *VENDITIONES olim dicebantur Censorum Locationes; quod velut fructus publicorum locorum venibant.* Liquet autem ex ipsa Inscriptione Legis 19. ff. de *Act. Empti*, cujus hic sensum quærimus, pertinere eam ad Locationes eorum rerum; siquidem desumpta est ex Titulo Gaii DE PUBLICANIS.

ecce : si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certæque formæ; et acceperit V. G. trecenta : utrum emptio et venditio sit, an Locatio et Conductio? Sed placet unum (1) esse negotium, et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero, mercede pro opera constituta; dubium non est, quin Locatio et Conductio sit. *sup. d. l.* 2. § 1.

Consonat quod ait Javolenus : Convenit mihi tecum ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio, quod (2) ut laceres; utrum emptio sit, an Locatio? Respondit : Si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit; emptionem puto esse, non conductionem. Totiens enim Conductio alicujus rei est, quotiens materia in quo aliquid præstatur in eodem statu ejusdem manet quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam Locatio intelligi debet. *l.* 65. *ff. de Contrah. empt.* JAVOLEN. LIB. 11. EPIST.

Consonat etiam quod Sabinus respondit, Si quam rem nobis fieri velimus [etiam] veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri : nec posse ullam Locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret. Aliter atque si aream darem ubi insulam ædificares; quoniam tunc a me substantia proficiscitur. *l.* 20. *d. tit.* POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

X. *In eo igitur differunt venditio et Locatio; quod in emptione-venditione hoc agatur ut rei dominium, si penes me sit, in te transferre debeam; sin, ut saltem tibi præstem rem pro domino habere licere : in Locatione-conductione id tantum agitur ut re mea fruaris, vel ex ea aliquid facias. Cæterum* Non solet Locatio dominium (3) mutare. *l.* 39. ULP. LIB. 2. AD ED.

Evenit tamen interdum ut in contractu Locationis-conductionis, dominii translatio interveniat. Nam, cum hoc principaliter non intendatur, nihilominus Locatio-conductio est.

Exemplum habes in specie sequenti. In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant; Saufeius uni ex bis frumentum reddiderat de communi : et navis perierat. Quæsitum, an cæteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt ONERIS AVERSI (4) actione? Respondit, Rerum locatarum duo genera esse : ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur : aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusullatum (5) daretur ut vasa fierent; aut aurum, ut annuli. Ex superiore causa, rem domini manere : ex posteriore, in creditum (6) iri. Idem Juris esse in deposito si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed annumeraret; nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantumdem pecuniæ solveret. Secundum quæ videri triticum factum Saufeii; et recte datum. Quod si separatim tabulis aut heronibus (7) aut in alia cuppa clausum uniuscujusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cujusque esset; non potuisse nos permutationem facere : sed tum posse eum cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset vindicare. Et ideo se improbare actiones ONERIS AVERSI : quia, sive ejus generis essent merces quæ nautæ traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret; non videretur onus esse aversum, quippe quod nautæ (7) fuisset : sive eadem res quæ tradita esset, reddi deberet; Furti esse actionem Locatori; et ideo supervacuum esse judicium ONERIS AVERSI. Sed si ita datum esset ut in simili re solvi posset; conductorem culpam duntaxat debere. Nam in re quæ utriusque causa contraheretur, culpam deberi. Neque omnimodo culpam esse quod uni reddidisset ex frumento; quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem ejus conditionem faceret quam cæterorum. *l.* 31. ALFEN. LIB. 5. DIGEST. A PAULO EPITOMATORUM.

Aliud exemplum habes in quo dominii translationem Locatio continet. Quum insulam ædificandam loco, ut, sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen Locatio est. Locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem. *l.* 22. § 2. PAUL. LIB. 34. AD ED.

ARTICULUS II.

De Pactis quæ contractui Locationis-conductionis adjiciuntur.

Quædam pacta in hoc Titulo exponuntur, quorum quinque adjici Locationibus fundorum solent, tria Locationibus operum.

§ 1. *De pactis circa Locationes fundorum interponi solitis.*

XI. *Ad Locationes fundorum pertinent illa quæ sequuntur.*

(1) Videri posset in hoc negotio, duo negotia contineri; venditionem materiæ et Locationem operæ aurificis. Magis tamen placet unum esse negotium.

(2) Legendum videtur, *quas tu faceres.*

(3) Sed nec possessionem : ut videb. infra lib. 41. Tit. *de Acq. vel amitt. poss.*

(4) Hæc actio erat ad instar actionis *Furti*, in duplum; nihilque proprium habebat : Cujac. Observ. VII. 39.

(5) Alias, *pusulatum, pustulatum, postulatum :* intellige aurum purissimum.

(6) Id est, res alienatur ea lege ut tantumdem ejusdem generis reddatur : hoc est enim *In creditum ire.* Cæterum quod in hac specie in creditum eatur, est præter naturam contractus Locationis-conductionis : nec hoc ex contractu contingit, sed ex natura rei conductæ; quæ ejus naturæ est ut functionem alterius rei recipiat; id est, ut ipsa videatur quodammodo præstari, quum alia ejusdem generis vice ejus præstatur.

(7) Id est, cophinis. Cujac. Observ. VII. 39.

(8) Nec enim quis rem suam sibi avertere potest : *Furtum rei suæ non fit.*

Primum. Ea lege fundum locavi, ut, si non ex lege coleretur, relocare eum mihi liceret; et quo minoris locassem, hoc mihi præstaretur; nec convenit, ut, si pluris locassem, hoc tibi præstaretur: et cum nemo fundum colebat, pluris tamen locavi. Quæro an hoc ipsum præstare debeam? Respondit: in hujusmodi obligationibus, id maxime spectare debemus quod inter utramque partem convenit. Videtur autem in hac specie id silentio convenisse, ne quid præstaretur si ampliore pecunia fundus esset locatus; id est, ut hæc ex conventione pro locatore tantummodo interponeretur. *l.* 51. JAVOL. LIB. 11. EPISTOL.

Secundum. In lege Locationis scriptum erat, REDEMPTOR SYLVAM NE CÆDITO; NEVE CINGITO (1); NEVE DEURITO; NEVE QUEM CINGERE, CÆDERE, URERE, SINITO. Quærebatur utrum redemptor si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet; an etiam ita sylvam custodire ne quis id facere possit? Respondit; Verbum SINERE, utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum si quem casu vidisset sylvam cædere prohiberet, sed uti curaret et daret operam ne quis cæderet. *l.* 29. ALFEN. LIB. 7. DIGEST.

Tertium. Si dominus exceperit in Locatione, ut frumenti certum modum certo pretio acciperet, neque pecuniam ex mercede deducere: potest quidem totam summam Ex Locato petere: sed utique consequens est existimare officio judicis hoc convenire, habere rationem quanto conductoris interesset in frumento potius quam in pecunia solvere pensionis exceptam portionem. Simili modo et si Ex Conducto agatur, idem erit dicendum (2) *l.* 19. § 3. ULP. LIB. 32. AD ED.

XII. *Quartum est, quo instrumentum aliquod fundi locati conductor æstimatum accipit. Et quidem* Cum fundus locetur, et æstimatum instrumentum colonus accipiat; Proculus ait, id agi ut instrumentum emptum habeat colonus: sicuti fieret quum quid æstimatum in dotem daretur. *l.* 3. POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

Consonat quod Paulus respondit: Servum qui æstimatus colonæ ascriptus est, ad periculum colonæ pertinebit, et ideo æstimationem hujus defuncti (3), ab herede colonæ præstari oportere. *l.* 54. § 2. PAUL. LIB. 5. RESPONS.

Quintum est illud quo de pœna conductori solvenda convenit, si a Conductione expellatur.

Hujus pacti mentionem faciunt Valerianus et Gallienus. Ita illi: Si de fundo a locatore expulsa es, cum eo agere Ex Conducto potes; pœnamque a locatore, quam præstari rupta conventionis fide placuit, exigere ac retinere potes. *l.* 15. *Cod. h. t.*

Hæc autem pœna non debetur, si ideo expellatur colonus quod per biennium pensiones non solverit, aut male in re conducta versetur.

Id patet ex specie sequenti. Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora Locationis Seïus conductor de fundo invitus repelleretur; et, si pulsatus esset, pœnam decem præstet Titius locator Seïo conductori; vel Seïus conductor Titio, si intra tempora Locationis discedere vellet, æque decem Titio locatori præstare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. Quæro, cum Seïus conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu pœnæ expelli possit? Paulus respondit, Quamvis nihil expressum sit in stipulatione pœnali, de solutione pensionum; tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora præfinita, si pensionibus paruerit, et ut oportet coleret. Et ideo, si pœnam petere cœperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori Doli exceptionem. *sup. d. l.* 54. § 1.

§ 2. *De pactis circa Locationes operum.*

XIII. *Ad Locationes operum hæc tria pacta pertinent.*

Primum est illud quo convenit ut opus arbitratu domini approbetur.

Quocirca Si in lege Locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus approbetur; perinde habetur ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit. Nam fides bona exigit ut arbitrium tale præstetur quale viro bono convenit. Idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus quod lege finitum sit, pertinet; nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta; ut (4) Ex Locato agi possit. *l.* 24. PAUL. LIB. 34. AD ED.

Secundum est Si lege operis locandi comprehensum esset, ut si ad diem effectum non esset relocare id liceret (5); non alias prior conductor Ex Locato tenebitur quam si eadem lege (6) relocatum esset: nec ante relocari id potest, quam dies efficiendi præteriisset. *l.* 13. § 10. ULP. LIB. 32 AD EDICT.

Tertium pactum ita refert Labeo. Quidam in municipio balineum præstandum annuis viginti nummis conduxerat; et ad refectionem fornacis fistularum similiumque rerum, centum nummi ut præstarentur ei, convenerat. Conductor centum nummos petebat. Ita ei deberi dico, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi satisdaret. *l.* 58. § 2. LABEO LIB. 4. POSTERIOR. A JAVOLEN. EPITOM.

(1) *Cingere* arborem, est deglabrare [l. 5. ff. *Arbor. furt. cæsar*] id est, decorticare.

(2) Scilicet ut, si vice versa colonus nolit dare frumentum sed pecuniam æstimetur quanti intersit locatoris potius accipere frumentum.

(3) Servi.

(4) Id est, ut nihilominus et periode ac si opus probatum non esset, possit locator operis adversus conductorem agere *Ex Locato*; io id quod sua interest opus non esse factum ex Lege Locationis.

(5) Periculo prioris conductoris.

(6) Eadem qualitate, quantitate, et mensura.

SECUNDA PARS.

De actionibus quæ ex hoc contractu nascuntur.

XIV. *Contractus locationis-conductionis ultro citroque actionem parit; scilicet actionem* LOCATI, *quæ locatori adversus conductorem competit; actionem* CONDUCTI, *quæ conductori datur adversus locatorem.*

Tamen aliquando claudicat contractus. Nam interdum locator non obligatur; conductor obligatur; veluti quum emptor fundum conducit, donec pretium (1) exsolvat. *l.* 20. *§ fin.* PAUL. LIB. 34. AD EDICT.

Item (2) si pretio non soluto inempta res facta sit; tunc Ex Locato erit actio (3). *l.* 22. PAUL. LIB. 34. AD ED.

Obiter circa hanc speciem quærit Javolenus: Quum venderem fundum, convenit ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? Respondit: Bona fides exigit ut quod convenit, fiat. Sed non amplius præstat is venditori, quam pro portione ejus temporis quo pecunia numerata non esset. *l.* 21. JAVOL. LIB. 11. EPISTOL.

Vice versa in specie sequenti, locator seu locatoris heres solus manet obligatus.

Qui in plures annos fundum locaverat, testamento suo damnavit heredem ut conductorem liberaret. Si non patiatur heres eum reliquo tempore frui, est Ex Conducto actio: quod si patiatur nec mercedes remittat, Ex testamento tenetur (4). *l.* 24. § 5. PAUL. LIB. 34. AD ED.

Regulariter autem (ut diximus) et locatori Locati *actio, et Conductori* Conducti *actio nascitur. De utraque quibusdam generaliter præmissis, deinde de singulis separatim agemus.*

SECTIO I.

Generalia quædam præmittuntur circa Locati *et* Conducti *actiones.*

§ 1. *Quis locator intelligatur, quis conductor, ut alterutri sive* Locati *sive* Conducti *actio competat: et an utraque actio possit in eadem persona concurrere.*

XV. *Quum res fruenda locatur, ambiguum non est uter locator dici debeat, et uter proinde sit conductor.*

Quum autem aliquid faciendum locatur, uterque contrahentium videtur locator et conductor: qui locat opus faciendum, est locator operis et conductor operarum opificis; opifex, est conductor operis et suarum operarum locator. Non tamen utrique utraque actio competit: sed ei duntaxat qui principaliter locator est, actio Locati; *ei qui magis conductor est quam locator, actio* Conducti. *Is autem principalius videtur Locator esse, qui contractum inchoat; Conductor autem videtur qui subsequitur, et conditionem sibi oblatam accipit et ratam habet. Ita Cujacius; et hæc valde notanda.*

XVI. *Palam est igitur, non posse ex eodem contractu utramque actionem concurrere. Ex diversis autem contractibus potest: hinc quamvis ego qui opus faciendum conduxi, adversus eum qui mihi locavit, actionem* Conducti *habeam; nihilominus* Si cui locaverim faciendum quod ego conduxeram, constabit habere me Ex Locato actionem. *l.* 48. MARCELL. LIB. 8. DIGEST.

XVII. *Sed et ex eadem conventione, idem et quidem adversus eamdem personam utramque actionem habere potest; scilicet ratione diversarum rerum, aut diversarum rei partium* (5): *ut in specie sequenti docet Africanus, ex sententia Servii quam cum nota Juliani ita refert.*

Quum fundum communem habuimus, et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus; tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. Agam tecum duabus actionibus, una Ex Conducto, altera Ex Locato. Locati enim judicio, mea pars propria; Conducti autem actione, tua duntaxat propria in judicium venient. Deinde ita notat (6): Nonne, quod ad meam partem attinebit, Communi dividundo præstabitur a te mihi damnum? Recte quidem (7) notat. Sed tamen etiam Servii sententiam veram esse puto: cum eo scilicet (8) ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera perimatur. Quod ipsum simplicius ita quæremus; si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos

(1) Subaudiendum, convenisse etiam ut ad diem pecunia non soluta res inempta fieret. Vid. Not. seq.

(2) Recte censet Cujacius pro *item*, legendum, *id est*; et hanc legem conjungendum cum § fin. legis 20 sicut eam conjunximus.

(3) Non vicissim erit actio *Ex Conducto*, ut frui liceat. Nam aut non solvit emptor, et finitur tam emptio quam Conductio; aut solvit, et pariter finitur Conductio, cum rei jam suæ nulla Conductio esse possit.

(4) Testamentum parit exceptionem conductori, qua repellatur locator si *Locati* agere velit ad mercedes consequendas. Igitur non competet ei utiliter actio *Locati*, quamvis adversus eum competat actio *Conducti*.

(5) Neque hoc adversatur regulæ supra dictæ. Talis enim conventio non est simplex; sed tot continet Locationes-conductiones, quot sunt diversæ res diversæve partes in stipulationem deductæ.

(6) Julianus scilicet.

(7) Revera enim, præter actionem *Locati* quam recte docet Servius mihi ratione meæ partis competere, etiam mihi competit actio *Communi dividundo*.

(8) Id est, cum hac adjectione seu observatione.

haberent, convenisse ut alter alterius ita conductum haberent ut fructus mercedis nomine pensaretur. *l.* 35. § 1. AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

§ 2. *An heredi et in heredem hæ actiones competant; et quid de singulari successore.*

XVIII. Ex CONDUCTO actionem, etiam ad heredem transire palam (1) est. *l.* 19. § 8. ULP. LIB. 32. AD ED.

Idem de actione LOCATI *dictum puta.*

XIX. *Non competunt autem actiones ex hoc contracta, successori singulari rei locatæ.*

Hinc Alexander : Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit; nisi ea lege emit.

Verum si probetur aliquo pacto consensisse ut in eadem Conductione maneat, quamvis sine scripto; bonæ fidei judicio, ei quod placuit parere cogetur. *l.* 9. *Cod. h. t.*

Pariter Julianus : Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit; et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset (2).

Quod si colonus vellet colere, et ab eo cui legatus esset fundus, prohiberetur; cum herede actionem colonum habere; et hoc detrimentum ad heredem pertinere : sicuti si quis rem quam vendidisset, necdum tradidisset, alii legasset; heres ejus emptori et legatario esset obligatus. *l.* 32. JULIAN. LIB. 4. EX MINICIO.

SECTIO II.

De actione Locati.

Videndum 1.° *Ex quibus causis detur, et ad quid;* 2.° *Cum quibus aliis actionibus soleat concurrere.*

ARTICULUS I.

Ex quibus causis detur necne actio LOCATI, *et ad quid detur.*

Ex his præcipue causis actio Locati *datur,* 1.° *Ut merces solvatur;* 2.° *Quum opus faciendum locatum est; hac actione agitur eo quod vel omnino factum non fuerit, vel non factum eo modo eove tempore quo oportuit fieri;* 3.° *In id etiam competit, ut reddatur res quæ fruenda aut facienda locata est; et quidem ut non deterior facta, et in eadem causa reddatur;* 4.° *denique datur ob quemcumque dolum conductoris.*

§ 1. *Expenditur prima causa actionis* Locati, *scilicet ut solvatur merces; et quid ex hac causa præstandum veniat.*

XX. *Actio* Locati *competit locatori ut ipsi merces solvatur. Et quidem quum in plures pensiones certis temporibus solvendas divisa est; prout cujusque pensionis dies venerit, agi ex hac causa potest.*

Interdum et ante. Enimvero Qui contra legem conductionis fundum ante tempus, sine justa ac probabili causa deseruerit; ad solvendas totius temporis pensiones ex Conducto (3) conveniri potest; quatenus locatori in id quod ejus interest, indemnitas servetur. *l.* 55. § 2. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Et alibi : Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit; potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere. *l.* 24. § 2. PAUL. LIB. 34. AD ED.

Sed et de his quæ præsenti die præstare debuerunt (velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent), agere similiter potest. *d. l.* 24. § 3.

Non aliter tamen colonus qui ejicitur, harum pensionum nomine potest conveniri, quam si ratio ei habeatur impensarum quibus rem meliorem fecit.

Hinc Scævola : Colonus, quum lege Locationis non esset comprehensum ut vineas poneret, nihilominus in fundum vineas instituit : et propter earum fructum, denis amplius aureis annuis ager locari cœperat. Quæsitum est, si dominus istum colonum fundi ejectum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit, opposita Doli mali exceptione? Respondit, Vel expensas consecuturum, vel nihil amplius præstaturum. *l.* 61. SCÆVOLA LIB. 7. DIGEST.

XXI. *Actio* Locati *quæ ad mercedem consequendam competit, excluditur quum conductori frui non licuit. Imo hoc casu actionem* Conducti *habet conductor, ut ipsi accepto feratur : ut videb. Sect. seq.*

Cæterum quum operæ locatæ sunt, quamvis non fuerint exhibitæ, si is qui suas operas locavit, paratus fuit eas exhibere, non excluditur quominus hac actione Locati *mercedem possit consequi.*

Ita Paulus : Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet; si per eum non stetit quominus operas præstet. *l.* 38. LIB. SINGULARI REGULARUM.

Hinc Quum quidam exceptor (4) operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset : Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit

(1) Adde l. 29. Cod. h. t.

(2) Non poterit cogi ab herede; cum jam nihil ipsius intersit; nec a legatario, cum ad eum non transeat actio *Locati*.

(3) Id est, ex contractu Conductionis; sed actione *Locati*. Et ita sæpissime hæc verba *ex Conducto*, aut *ex Locato* accipienda sunt; ut contractum ipsum designent, non actionem ex eo descendentem. Nomen enim sortiri debet hæc actio, ab eo cui competit; ut supra docuimus N. 14 et 15.

(4) Librarius vel Notarius, qui dictata excepit in scriptis.

ad libellum exceptoris in hæc verba : « Cum per » te non stetisse proponas, quominus locatas ope» ras Antonio-Aquilæ solveres; si eodem anno » mercedes ab alio non accepisti, fidem contrac» tus impleri æquum est. *l.* 19. § 9. Ulp. lib. 32. » ad Ed.

Papinianus quoque libro 4 Responsorum scripsit (1) : Diem functo Legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis præstandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. *d. l.* 19. § 10.

XXII. *In hoc judicio, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, usuræ ex mora debentur.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Præses provinciæ ea quæ ex Locatione debentur, exsolvi sine mora curabit; non ignarus Ex Locato et Conducto actionem cum sit bonæ fidei, post moram usuras legitimas admittere. *l.* 17. *Cod. h. t.*

Ante moram autem non debentur, nisi convenerit; ut docet Paulus : Ex Locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniæ illatæ usuras deberet, nonnisi, ex mora usuras præstare debet. *l.* 17. § 4. *ff. de Usur.* Paul. lib. singulari de usuris.

§ 2. *De secunda causa actionis* Locati; *scilicet eo quod opus aut non fuerit omnino factum, aut non eo tempore eove modo quo oportuit fieri.*

XXIII. *Si quis opus quod faciendum conduxerat, non fecerit; patet teneri eum hac actione, in id quod interest locatoris.*

Quod si tamen vi aliqua majore facere non potuit, non debet quidem teneri in id quod interest; sed saltem tenetur ut mercedem acceptam faciat, aut si ipsi prorogata est restituat.

Hinc Quum quidam nave amissa vecturam quam pro mutua (2) acceperat, repeteretur (3) ; rescriptum est ab Antonino Augusto, Non immerito Procuratorem Cæsaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit. Quod in omnibus personis similiter observandum est. *l.* 15. § 6. Ulp. lib. 32. ad Ed.

XXIV. *Agitur etiam hac actione, quod opus non sit factum intra diem præfinitum. Verum hoc ita, si is erat dies intra quem fieri posset.*

Hinc In operis Locatione erat dictum, ante quam diem effici deberet; deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis æstimasset : quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur sine quo fieri non possit *l.* 58. § 1. Labeo lib. 4. posteriorum a Javol. epitomat.

XXV. *Item* Ex Locato *agitur, quod opus vitiose factum sit.* Locavi opus faciendum, ita ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem. Opus vitiosum factum est; an Ex Locato agere possim; Respondit : Si ita opus locasti, ut bonitas ejus tibi a conductore approbaretur; tametsi convenit ut in singulas operas certa pecunia daretur, præstari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est. Non enim quicquam interest utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur : si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. Poterit itaque Ex Locato cum eo agi qui vitiosum opus fecerit : nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur; tum enim nihil conductor præstare domino de bonitate operis videtur. *l.* 51. § 1. Javolen. lib. 11. epistol.

Consonat quod, Opere locato-conducto, his verbis Labeo significari ait id opus quod Græci ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑ vocant [non ΕΡΓΟΝ (4)]; id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum. *l.* 5. § 1. *ff. de Verb. signif.* Paul. lib. 2. ad Ed.

XXVI. *Denique* Ex Locato *agitur, quod opus non sit factum ex lege Conductionis, nisi tamen locator ipse consensisset ut aliter fieret.*

Unde Lege dicta domus facienda locata erat, ita ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis ejus esset. Redemptor ex voluntate locatoris quædam in opere permutaverat. Respondi, Opus quidem ex lege dicta non videri factum : sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere. *l.* 60. § 3. Labeo posterior. lib. 5. a Javol. epitom.

§ 3. *De tertia causa actionis* Locati; *videlicet ut reddatur res quæ locata est, et in eadem causa.*

XXVII. *Tenetur conductor actione* Locati, *rem conductam reddere locatori.*

Et quidem morari non debet hanc restitutionem, lis quam de hujus rei proprietate locatori conductor inferret. Sic enim rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si quis Conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit; possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare. *l.* 25. *Cod. h. t.*

Reddi autem debet res non deterior facta ex culpa conductoris, et in eadem causa. Quapropter Item prospicere debet conductor, ne aliquo vel jus rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur. *l.* 11. § 2. Ulp. lib. 32. ad Edict.

Certe non videtur res in eadem causa reddi, quum locator circa hujus possessionem controversiam ex culpa conductoris patitur.

Hinc Qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset; Ex Locato tenetur ut locatori possessionem

(1) Vid. l. 4. *de Offic. Assessor.* supra lib. 1. d. tit. N 9.

(2) Id est, in antecessum.

(3) Et ille retinere vellet.

(4) Opus simpliciter, qualecumque.

vini sine controversia reddat : nisi culpa conductor careret. *d. l.* 11. § 3.

XXVIII. *Ita igitur conductor qui rem non restituit, aut deteriorem factam restituit, tenetur; si culpa ejus argui possit.*

Nam In judicio tam Locati quam Conducti, dolum et custodiam, non etiam casum cui resisti non potest, venire constat. *l.* 28. *Cod. h. t.* Dioclet. et Maximian.

Hinc Imperator Antoninus cum patre, quum grex esset abactus quem quis conduxerat, ita rescripsit : « Si capras latrones citra tuam fraudem » abegisse probari potest; judicio Locati casum » præstare non cogeris : atque temporis quod in» secutum est, mercedes ut indebitas recupera» bis ». *l.* 9. § 4. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Culpa autem conductoris est, si ideo deterior res facta sit quod ea aliter usus sit quam debebat uti.

Quomodo autem fundo conducto Conductor uti debeat, ita docet Gaius. Conducto omnia secundum legem Conductionis facere debet. Et ante omnia, colonus curare debet ut opera rustica suo quoque tempore faciat; ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat. *l.* 25. § 3. Gaius lib. 9. ad Ed. provinc.

An in specie sequenti conductor in culpa sit, quæritur? Si quis mensuras conduxerit, easque Magistratus frangi jusserit siquidem iniquæ fuerunt; Sabinus distinguit, utrum scit conductor an non : Si scit, esse Ex Locato actionem (1); si minus, non. Quod si æquæ sunt, ita demum eum teneri si culpa ejus id fecit Ædilis. Et ita Labeo et Mela scribunt. *l.* 13. § 8. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Distinctio etiam adhibetur in specie sequenti. Exercitu veniente migravit conductor : deinde hospitio milites fenestras et cætera sustulerunt. Si domino non denuntiavit, et migravit; Ex Locato tenebitur. Labeo autem, si resistere potuit et non restitit, teneri ait : quæ sententia vera est. Sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri. *d. l.* 13. § 7.

XXIX. *Exempla culpæ quæ attulimus, pertinent ad eum qui rem fruendam conduxit. Quando autem is qui quid in re faciendum conduxit, in culpa videri debeat necne; patebit ex exemplis mox subjectis.*

Item quæritur, Si cisiarios (id est, carrhucarius) dum cæteros transire contendit, cisium evertit, et servum (2) quassavit vel occidit? Puto, Ex Locato esse in eum actionem : temperare enim debuit. Sed et utilis Aquilia (3) dabitur. *d. l.* 13.

Celsus etiam imperitiam culpæ annumerandam libro 8 Digestorum scripsit : Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit; culpam eum præstare debere : et quod imperitia peccavit, culpam esse. Quippe ut artifex (inquit) conduxit. *l.* 9. § 5. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Item quod per nimiam sævitiam damnum datur, culpa videtur datum. Unde Julianus libro 86 Digestorum scripsit : Si tutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur; Ex Locato esse actionem patri ejus. Quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit; tamen hunc, modum non tenuisse. Sed et de Aquilia supra (4) diximus. *l.* 13. § 4. Ibid.

Obiter nota : Injuriarum autem actionem competere Julianus negat; quia non injuriæ faciendæ hoc fecerit, sed præcipiendi. *d.* § 4.

Denique culpa est, quum conductor rem in qua faciendum aliquid conduxerat, non custodivit; aut alteri reddidit quam cui debuit. V. G. Si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint; Ex Locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. Et si pallium fullo permutaverit, et alii alterius dederit; Ex Locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit. *d. l.* 13. § 6.

XXX. *Vidimus conductorem culpæ nomine teneri. An autem de propria duntaxat tenebitur? Circa hanc quæstionem ita Justinianus :* Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum injuria ab alio datum non pertinere procul dubio est. Qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det? *l.* 19. *ff. Commodati* Julian. lib. 1. digest.

Hanc tamen sententiam Juliani, non esse indistincte recipiendam ita notat Ulpianus. Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse, Julianus ait : qua enim custodia consequi potuit ne damnum injuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait; sive custodiri potuit, ne damnum daretur; sive ipse custos damnum dedit. Quæ sententia Marcelli probanda est. *l.* 41. Ulp. lib. 5. ad Edict.

XXXI. Videamus an et servorum culpam, et quoscumque induxerit, præstare conductor debeat; et quatenus præstat? Utrum ut servos noxæ dedat; an vero suo nomine teneatur; et adversus eos quos induxerit; utrum præstabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit præstet suo nomine, etsi nihil convenit : si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites. Et ita Pomponius libro 63 ad Edictum probat. *l.* 11. Ulp. lib. 32. ad Ed.

(1) Hoc enim casu in culpa est, quod usus fuerit publice mensuris quas sciebat iniquas; et sic dederit occasionem Ædili, eas frangendi.

(2) Quem vehendum conduxerat.

(3) Vulg. *ei dabitur.* Sed hoc verbum *ei*, omnino expungendum : nam non *ei*, sed potius *in eum* Aquilia competit. Et quidem *utilis*, quia non corpore suo servum occidit. Vid. supra lib. 9. Tit. *ad Leg. Aquil.* N. 13.

(4) Supra mox; eadem. l. 13. in *pp.*

Et alibi idem Ulpianus Proculum ita notat. Proculus a t; Quum coloni servi villam exussissent, colonum vel Ex Locato vel ex Lege Aquilia teneri; ita ut colonus possit servum noxæ dedere : et, si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum. Sed hæc (1) ita, si culpa colonus careat. Cæterum si noxios servos habuit, Damni eum injuria teneri cur tales habuit. Idem servandum et circa inquilinorum insulæ personas scribit : quæ sententia habet rationem. *l.* 27. § 11. *ff. ad Leg. Aquil.* ULP. LIB. 18. AD ED.

Juxta distinctionem quam statuimus, accipe quod Alfenus ait. Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet, præter vim et vetustatem. Coloni servus villam incendit, non fortuito casu. Non videri eam vim exceptam respondit; nec id pactum esse ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne præstaret : sed extrariam vim utrosque excipere voluisse. *l.* 30. § 4. ALFEN. LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOMAT.

XXXII. *Maxime autem eorum quorum in opere quod faciendum conduxit opera usus est, culpam conductor præstare debet.*

Hinc Qui columnam transportandam conduxit; si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit; ita id periculum præstat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit. Culpa autem abest, si omnia facta sunt quæ diligentissimus (2) quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligimus, etsi dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad cæteras res transferri potest. *l.* 25. § 7. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Consonat Alfenus in specie sequenti. Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum majore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel Lege Aquilia vel Ex Locato recte eum agere : sed Lege Aquilia tantum cum eo agi posse qui tum mulas agitasset (3); Ex Locato, etiamsi alius (4) eas rupisset, cum conductore recte agi. *l.* 30. § 2. ALFEN. LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOMAT.

XXXIII. *Multis exemplis ostendimus, conductorem hac actione teneri de culpa.*

Jam vero quod diximus, eum non teneri de casu fortuito; ita accipiendum est, si culpa ejus non præcesserit.

V. G. Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana fenum componeretur. Composuit : deinde servus igne illato se occidit (5). Ait Labeo, teneri conductorem Ex Locato; quia ipse causam præbuit; inferendo contra Conductionem. *l.* 11. § *fin.* ULP. LIB. 32. AD ED.

Sed etsi quilibet extraneus ignem injecerit; damni ratio, judicio LOCATI habebitur. *l.* 12. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOMAT.

Item Si hoc in Locatione convenit, IGNEM NE HABETO et habuit; tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium : quia non debuit ignem habere. *sup. d. l.* 11. § 1.

Nota : Aliud est [enim] IGNEM INNOCENTEM HABERE : permittit enim habere, sed innoxium ignem. *d.* § 1.

Hinc Si colonis prædiorum, lege Locationis, ut innocentem ignem habeant denuntiatum sit : si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non præstabitur periculum locatori (6). Si vero culpa locatoris (7) quam præstare necesse est, damnum fecerit; tenebitur. *l.* 9. § 3. ULP. LIB. 32. AD ED.

XXXIV. *Sequitur et aliud exemplum in quo culpa conductoris casum præcessisse videtur.*

Culpæ autem ipsius et illud annumeratur, si propter inimicitias ejus vicinus (8) arbores exciderit. *l.* 25. § 4. GAIUS LIB. 10. AD EDICT. PROVINC.

Item in hac specie : Si quis servum docendum conduxerit, eumque duxerit peregre; et aut ab hostibus captus sit, aut perierit; Ex Locato esse actionem placuit : si modo non sic conduxit ut peregre duceret. *l.* 13. § 3. ULP. LIB. 32. AD ED.

XXXV. *Quod hactenus diximus de his quæ a conductore præstanda sunt necne, ita obtinet nisi aliter inter contrahentes convenerit. Nam V. G. licet regulariter non teneatur conductor de casu fortuito; tamen* Julianus libro 15 Digestorum dicit : Si quis fundum locaverit, ut, etiam si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur; pacto standum esse. *l.* 9. § 2. ULP. LIB. 32. AD ED.

Item quamvis regulariter damnum ex vitio materiæ contingens non præstetur ab eo qui aliquod opus ex hac materia faciendum conduxit; secus tamen erit, si contra convenerit.

Unde Si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit : si quidem vitio materiæ factum sit, non erit Ex Locato actio; si imperitia facientis, erit. Huic sententiæ addendum est : nisi periculum

(1) Hæc est Nota Ulpiani.

(2) Cur superlativo utitur? Nam ex pluribus aliis textibus constat, levem tantum, non levissimam culpam in hoc contractu præstari. Verum apud Nostros superlativum pro positivo interdum ponitur, et vice versa : ut observat Vinnius in *Instit.* ad h. tit. Vel etiam dici potest. in rebus quæ facile frangi possunt, diligentiam exactissimam quæ ex natura contractus non requireretur, ex natura et qualitate rei in contractum deductæ requiri : quia circa eas res nulla diligentia sufficiens est, quæ non sit exactissima.

(3) Aquilia enim datur in eum ipsum qui damnum dedit.

(4) Quem conductor præfecerat ad agendas mulas.

(5) Pro *se occidit*, alibi rectius legitur *succendit*; scilicet succendit ædes.

(6) Hæc lectio Vulgata rectior Florentina quæ habet, *non præstabit periculum locator.*

(7) Legendum est, *Conductoris.* Sed rectius adhuc D. Noodt verbum illud *locatoris*, omnino expungit : et infra, pro *tenebitur*, legit *tenebuntur*; scilicet coloni.

(8) In culpa est enim conductor, quod rixando cum vicino his inimicitiis causam dederit.

quoque in se artifex receperat. Tunc enim etsi vitio materiæ id evenit, erit Ex Locato actio. *l.* 13. § 5. Ibid.

XXXVI. *Abunde vidimus quando hac actione teneatur conductor de re amissa, extincta, aut deteriore facta.*

Condemnatur autem ex hac causa conductor, quanti ea res est. Potest tamen conductor qui rem conductam culpa sua amisit, obtinere ut ipsius conductoris sumptibus locator agat adversus eum a quo res possidetur : aut saltem suas ipsi locator cedat actiones.

Hoc docet Labeo. Ita ille : Vestimenta tua fullo perdidit, et habes unde petas; nec repetere vis. Agis nihilominus Ex Locato cum fullone : sed judicem æstimatorum an possis adversus furem agere et ab eo tuas res consequi; fullonis videlicet sumptibus. Sed si hoc tibi impossibile (1) esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit; tuas autem actiones te ei præstare compellet. *l.* 60. § 2. Labeo posterior. lib. 5. a Javoleno epitom.

Similiter Paulus : Si fullo sarcinator vestimenta perdiderit, eoque nomine domino satisfecerit; necesse est domino Vindicationem eorum et Condictionem (2) cedere. *l.* 25. § 8. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

Observandum quod, quum Conductor dolo non reddit rem conductam, non duntaxat quanti res est condemnatur, sed quanti actor in litem juraverit. De hoc casu accipe quod dicitur : Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit (3); quanti in litem juratum fuerit, damnabitur. *l.* 48. § 1. Marcell. lib. 8. digest.

Ex Constitutione Zenonis, conductor qui rem conductam detinens, eam usque ad definitivam Sententiam non restituerit; præter rem, etiam æstimationem rei, ad similitudinem invasoris, præstare debet. l. 34. Cod. h. t.

§ 4. *De quarta causa ex qua* Locati *agi potest; scilicet propter quemcumque dolum Conductoris.*

XXXVII. *Commune est omnibus bonæ fidei contractibus, ut semper in his tacita insit clausula :* Dolum malum abesse abfuturumque esse.

Igitur propter quemcumque conductoris dolum, agi cum eo actione Locati *potest.*

Unum exemplum sufficiat. Mandavi tibi ut excuteres quanti villam ædificare velles. Renuntiasti mihi, ducentorum impensam excutere : certa mercede opus tibi locavi. Postea comperi non posse minoris trecentorum eam villam constare. Data autem tibi erant centum; ex quibus quum partem impendisses, vetui te opus facere. Dixi, Si opus facere perseveraveris; Ex Locato tecum agere ut pecuniæ mihi reliquum restituas (4). *l.* 60. § 4. Labeo posterior. lib. 5. a Javoleno epitomat.

§ 5. *An veniant in actione* Locati *sumptus qui in operis exhibendis facti sunt; et restitutio ejus quod Conductor furti nomine consecutus est ex re conducta.*

XXXVIII. *Quum quis rem, et circa hanc rem operas suas locavit; non veniunt in actione* Locati *sumptus quos in eis exhibendis fecit : magisque præsumitur convenisse, ut suis sumptibus locator hæc exhiberet.*

V. G. Vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret, et secum iter faceret (5). Id quum pontem transiret; redemptor (6) ejus pontis, portorium ab eo exigebat. Quærebatur, an etiam pro ipsa sola rheda portorium daturus fuerit? Puto, si mulio non ignoravit ea se transiturum, quum vehiculum locaret; mulionem præstare debere. *d. l.* 60. § 8.

XXXIX. Is qui rem conduxerit, non cogitur restituere id quod rei nomine Furti actione consecutus est (7). *l.* 6. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

ARTICULUS II.

Cum quibus actionibus actio Locati *soleat concurrere.*

XL. *Actio* Locati *interdum concurrit cum actione* Legis Aquiliæ *et pluribus aliis.*

V. G. Conductor arbores in re conducta Ipse quoque si exciderit, non solum Ex Locato tenetur, sed etiam Lege Aquilia; et ex Lege XII Tabularum, Arborum furtim cæsarum; et Interdicto Quod vi aut clam. Sed utique judicis qui Ex Locato judicat, officio continetur, ut cæteras actiones locator omittat (8). *l.* 25. § 5. Gaius. lib. 10. ad Ed. provinc.

Similiter Si vulneraveris servum tibi locatum : ejusdem vulneris nomine, Legis Aquiliæ et Ex Locato actio est. Sed alterutra contentus actor esse debet (9). Idque officio judicis continetur, apud quem Ex Locato agetur. *l.* 43. Paul. lib. 21. ad Ed.

Item concurrit interdum actio Communi dividundo *cum actione* Locati; *ut ex l.* 35. § 1. *h. t. supra vidimus. N.* 17.

(1) Id est, difficile.

(2) *Furtivam*, quæ solo rei domino competit.

(3) Dolo. Nam non juratur in litem nisi propter dolum : ut vid. supra lib. 12. Tit. *de In litem jurando.* N. 3.

(4) Dolo enim fecisti; pergendo impendere reliquum hujus pecuniæ, me prohibente.

(5) Haloander legit, *iter faceres : et quum pontem, etc.*

(6) Publicanus.

(7) In hoc differt a creditore cui pignus surreptum est.

(8) Ex pluribus enim actionibus ejusdem rei persecutoriis, una electa cæteras consumit : ut videre erit infra lib. 44. Tit. *de Oblig. et act.* Part. fin.

(9) Vid. Not. præced.

Denique Si locatum tibi servum subripias; utrumque judicium adversus te exercendum, Locati actionis, et Furti (1). *l.* 42. Paul. lib. 13. ad Edict.

SECTIO III.

De actione Conducti.

XLI. Ex Conducto actio, conductori datur. *l.* 15. Ulp. lib. 31. ad Ed.

Circa hanc actionem potissimum quæritur ex quibus causis competat, et quid ex his singulis causis in hac actione veniat. Hæc autem ut ordine tractemus; Conductionum distinguemus species : scilicet Conductionem rei fruendæ, Conductionem operis faciendi, et Conductionem operarum.

ARTICULUS I.

In Conductione rei fruendæ, ex quibus causis actio Conducti *competat; et quid in ea actione ex his singulis causis veniat.*

XLII. Competit autem ex his causis fere: ut puta, si re quam conduxit frui ei non liceat; forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non præstatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges ejus stare oporteat : vel, si quid in lege Conductionis convenit, si hoc non præstatur; Ex Conducto agetur. *d. l.* 15. § 1. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Possunt esse adhuc et aliæ causæ. De singulis sigillatim agendum.

§ 1. *Prima causa ex qua actio* Conducti *competit; nimirum quum re conducta frui non licet : ubi de remissione pensionis colono facienda ob sterilitatem.*

XLIII. *Competit actio* Conducti *conductori, quum ipsi eive cui rem ablocavit frui re conducta non licet.*

Enimvero Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit. *l.* 6. *Cod. h. tit.* Alexand.

Interest autem per quem et ex qua causa conductor prohibeatur frui.

XLIV. *Et* 1.º *si per ipsum locatorem prohibeatur; aut per alium quidem, sed ex causa evictionis quæ tempore contractus jam existebat; puta, eo quod res aliena locata est : competit hæc actio in id quod interest frui non licere.*

V. G. Plane si forte dominus frui non patiatur; vel quum ipse locasset; vel quum alius alienum, vel quasi procurator (2), vel quasi suum : quod interest, præstabitur. Et ita Proculus in procuratore respondit. *sup. d. l.* 15. § 8.

Hoc obtinet, quamvis locator fuerit bonæ fidei. *Nam* Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi; isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus : Pomponius ait, nihilominus eum teneri Ex Conducto ei qui conduxit; ut ei præstetur frui quod conduxit licere. *l.* 9. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Hoc tamen temperamentum adhibet Ulpianus : Plane si dominus non patitur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam præstare, æquissimum esse ait, absolvi locatorem. *d. l.* 9.

Et hæc quidem de casu quo frui non licet, ex causa evictionis quæ tempore contractus existebat.

XLV. 2.º *Quod si ex nova causa frui non liceat : si quidem factum culpave locatoris argui possit, adhuc in id quod interest tenebitur; puta si rem quam locaverat alienando, non cavit ut staretur Locationi.*

Hinc Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit; si aliqua ex causa fundum vel ædes vendat, curare debet ut apud emptorem quoque, eadem pactione, et colono frui et inquilino habitare liceat. Alioquin prohibitus is aget cum eo Ex Conducto. *l.* 25. § 1. Gaius lib. 10. ad Edict. provinc.

XLVI. *Interdum tamen, etsi ex facto locatoris frui prohibeatur conductor, actio conductori non competet in id quod interest; sed duntaxat ut merces ipsi remittatur, ex quo frui prohibitus est : scilicet quum locator justam causam habuit.*

Hoc est quod, Interdum ad hoc Ex Locato agetur ut quis locatione liberetur, Julianus lib. 15 Digestorum scripsit. Ut puta, Titio fundum locavi; isque pupillo herede instituto decessit : et cum tutor constituisset abstinere pupillum hereditate, ego fundum pluris locavi. (3). Deinde pupillus restitutus est in bona paterna. Ex Conducto nihil amplius eum consecuturum, quam ut Locatione liberetur (4). Mihi enim justa causa fuit locandi. (*l.* 15. § *fin.* Ulp. lib. 32. ad Ed.) *;* Cum eo tempore in pupillum actiones nullæ darentur (5). *l.* 16. Julian. lib. 15. digest.

Obiter nota : Tutelæ tamen cum tutore judicio (inquit) aget (6), si abstinere non debuit. *l.* 17. Ulp. lib. 32. ad Ed.

In quo inerit etiam hoc quod ex Conductione fundi lucrum facere potuit. *l.* 18. Julian. lib. 15. digest.

Sed addes hoc Juliani sententiæ; ut, si collusi ego cum tutore, Ex Conducto tenear in id quod pupilli interfuit. *l.* 19. Ulp. lib. 32. ad Ed.

(1) Sed actio *Furti* non consumitur per actionem *Locati*, nec eam consumit; quia diversa persequuntur.

(2) Quum non esset.

(3) Alteri.

(4) Quamvis facto meo prohibeatur frui fundo quem pater ejus a me conduxerat, et in cujus Conductionis jus successit.

(5) Utpote qui abstinuisset hereditate patris, qui fundum a me conduxerat.

(6) Pupillus scilicet.

XLVII. *Vidimus quando conductori qui frui prohibetur, competat necne actio in id quod interest.*

Quomodo autem hoc quod interest, æstimabitur? De hac re ita Paulus : Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eamdem sexaginta Titio locaveris; et Titius a domino prohibitus fuerit habitare : agentem te Ex Conducto, sexaginta consequi debere placet ; quia ipse Titio tenearis in sexaginta. *l.* 7. PAUL. LIB. 32. AD ED.

Tryphoninus autem : Nos videamus ne non sexaginta præstanda nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui Conductione. Tantumdemque consequatur medius (1), quantum præstare debeat ei qui a se conduxit; quoniam emolumentum (2) Conductionis ad comparationem uberioris mercedis computatum, majorem efficit condemnationem. Et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta (3), quæ ab illo perciperet si dominus insulæ habitare novissimum conductorem non vetuisset. Quo Jure utimur. *l.* 8. TRYPHON. LIB. 9. DISPUT.

Circa hanc ejus quod conductoris interest æstimationem observa etiam ; quod Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget ; etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur. Nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a Conductione in aliam se coloniam contulit, non sufffecturus duabus; neque ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulos annos compendii facturus erat consequetur. SERA EST ENIM PATIENTIA FRUENDI, QUÆ OFFERTUR EO TEMPORE QUO FRUI COLONUS ALIIS REBUS ILLIGATUS NON POTEST. Quod si paucis diebus prohibuit, deinde pœnitentiam agit, omniaque colono in integro sunt ; nihil ex obligatione, paucorum dierum mora minuet. *l.* 24. § 4. PAUL. LIB. 34. AD EDICT.

XLVIII. *Hactenus vidimus quando conductori qui frui prohibetur aut per ipsum locatorem, aut ex causa antiqua, competat actio in id quod sua interest; necnon commodo hoc interesse æstimetur.*

2.° *Jam vero quotiescumque conductori frui non licet ex causa post Conductionem superveniente, et citra culpam locatoris : competit quidem ei actio* Conducti ; *sed in id duntaxat ut merces, ex quo frui non licet, remittatur ; aut, si prærogata erat, reddatur.*

Hinc Alfenus : Ædilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur. Post tres menses incendio facto, respondit posse agi cum balneatore Ex Conducto ; ut pro portione temporis quo lavationem non præstitisset, pecuniæ contributio fieret. *l.* 30. § 1. ALFEN. LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOMAT.

Item Africanus : Si fundus quem mihi locaveris, publicatus sit ; teneri te actione Ex Conducto ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id præstes. Quemadmodum (inquit) si insulam ædificandam locasses, et solum corruisset ; nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit ; tenearis Ex empto : quod hactenus verum erit ut pretium (4) restituas, non ut etiam id præstes si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa Conductionem servandum puto ; ut mercedem quam præstiterim restituas, ejus scilicet temporis quo fruitus non fuerim : nec ultra actione Ex Conducto præstare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibere ne id faciat possis, tantum ei præstabis quanti ejus interfuerit frui ; in quo etiam lucrum ejus continebitur. Sin vero ab eo interpellabitur quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis (*l.* 33. AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.) : Perinde ac latronum incursu id acciderit. *l.* 34. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Et hæc distinctio convenit illi quæ a Servio introducta et ab omnibus fere probata est ? Ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit effecerit, animadvertatur necessario necne id opus demolitus est (5). Quid enim interest utrum locator insulæ propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam ejus quem prohibere non possit ? Intelligendum est autem nos hac distinctione uti, de eo qui et suum prædium fruendum locaverit, et bona fide negotium contraxerit ; non de eo qui alienum prædium per fraudem (6) locaverit, nec

(1) *Medius* est, qui a priore locatore conduxit, et alteri ablocavit. Hujus autem qui a priore conduxit, tanti interest in quantum ipse tenetur secundo conductori cui rem ablocavit.

(2) Id est, lucrum quod ex secunda Conductione sentiebat, propter mercedem quam accipiebat ; quæ uberior erat illa quam ipse priori locatori pendebat. Hoc [inquam] lucrum quod prior conductor amittit, considerari debet ; ut in tantum ipsi locator condemnetur.

(3) Scilicet ; ex sexaginta quæ prior conductor amplius a secundo conductore non consequetur, deducenda sunt quinquaginta quæ ipse priori locatori pendere tenebatur : at sic prior locator ei in decem duntaxat condemnandus est.

(4) Videtur hoc adversari doctrinæ quam tradidimus supra lib. præced. toto Tit. *de Peric. et comm. rei vend.* scilicet periculum omne quod circa rem venditam contingit ex causa post contractum superveniente citra culpam venditoris, debere emptorem sequi. Alii alias solutiones afferunt : quarum quæ potius sequenda sit, fateor me ignorare. At probare non possum distinctionem Anton. Fabri quam sequitur Bronschortius; qui distinguunt casum publicationis a casu interitus.

(5) Scilicet ut, si nulla necessitate cogente refecit locator, teneatur conductori in id quod interest, sin ex necessitate, eatenus duntaxat teneatur ut remittat mercedem.

(6) Sed nisi non per fraudem locasset dum suum putaret, teneretur ; ut supra vidimus : quia causa evictionis tempore contractus existens debet præstari.

resistere domino possit quominus is colonum frui prohibeat. *l.* 35. AFRIC. LIB. 8. QUÆST.

Citra locatorem qui domum locatam demolitur, similis est distinctio apud Alfenum. Ita ille :

Qui insulam triginta conduxerat, singula cœnacula ita conduxit ut quadraginta ex omnibus colligerentur. Dominus insulæ, quia ædificia vitium facere diceret, demolierat eam. Quæsitum est quanti lis æstimari deberet; si is qui totam conduxerat, Ex Conducto ageret? Respondit, Si vitiatum ædificium necessario demolitus esset, pro portione quanti dominus prædiorum locasset, quod ejus temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem æstimari. Sin autem non fuisset necesse demoliri; sed quia melius ædificare vellet, id fecisset; quanti conductoris interesset habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere. *l.* 30. ALFEN. LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOM.

XLIX. *Observa ; Conductorem domo frui prohibitum videri debere si justam causam migrandi habuit, quamvis domus incolumis manserit.*

Quocirca idem Jurisconsultus Iterum interrogatus est; Si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne? Respondit, Si causa fuisset cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem; sed si causa timoris justa non fuisset, nihilominus debere. *l.* 27. § *fin.* ALFEN. LIB. 2. DIGEST. A PAULO EPIT.

Quod si domi habitatione conductor æque usus fuisset (1), præstaturum. *l.* 28. LABEO LIB. 4. POSTERIOR. EPITOM. A JAVOLENO.

Et etiam ejus domus mercedem (2), quæ vitium fecisset, deberi putat. *d. l.* 28. § 1.

Idem Juris esse si potestatem conducendi habebat (3), uti pretium Conductionis præstaret (4). Sed si locator conductori potestatem conducendæ domus non fecisset, et is (5) in qua habitaret conduxisset; tantum ei præstandum putat, quantum sine dolo malo præstitisset (6). Cæterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex Locatione domus deducendum esse. *d. l.* 28. § 2.

L. *Observandum etiam est, Conductori domus qui migrare necesse habuit, mercedem deinceps esse remittendam ; non pro eo duntaxat tempore quod præteriit donec domus reficeretur.*

Enimvero Quum in plures annos domus locata est; præstare locator debet, ut non solum habitare conductor ex Kalendis Juliis (7) cujusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. Itaque si ea domus ex Kalendis Januariis (8) fulta in Kalendis Juniis permansisset; ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset; nihil locatori conductorem præstaturum : adeo ut ne cogi quidem possit ex Kalendis Juliis refecta domu habitare; nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum (9) dare. *l.* 60. LABEO POSTER. LIB. 5. A JAVOLEN. EPIT.

LI. *Hactenus de remissione mercedis conductori domus, cui frui non licet, facienda.*

Similiter conductori fundi non videtur frui licere, quum per aliquam vim majorem nullos fructus percepit. Competit igitur ei ex hac causa actio Conducti, *ut merces hujus anni ipsi remittatur.*

Hoc docet Ulpianus. Si vis tempestatis calamitosæ contigerit, an locator conductori aliquid præstare debeat, videamus? Servius omnem vim cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait; ut puta, fluminum, graculorum (10), sturnorum, et si aliquid simile (11) acciderit; aut si incursus hostium fiat. Si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, hæc damno coloni esse; veluti si vinum coacuerit (12).

Si raucis (13) aut herbis segetes corruptæ sint : sed et si labes (14) facta sit, omnemque fructum tulerit; damnum coloni non esse : ne supra damnum seminis amissi, mercedes agri præstare cogatur.

(1) Id est, non migrasset; quamvis justam metuendi habuisset causam : quod eventus comprobavit, si quidem postea domus vitium fecit.

(2) Mercedem scilicet hujus temporis quo mansit in domo, quamvis justam causam habuisset inde migrandi.

(3) Id est, etsi migrare necesse habuit, tamen si locator ei fecit copiam alterius domus, adhuc *idem Juris est* : scilicet, *ut pretium Conductionis præstare* debeat.

(4) Mendosam lectionem esse suspicatur Gothofredus. Hanc ita restituit : *ut e contrario locator pretium Conductionis præstaret, si locator Conductori, etc.* At ex Nota præcedenti supervacanea videtur hæc emendatio.

(5) Conductor aliam domum *in qua, etc.*

(6) Pro pretio Conductionis hujus alterius domus.

(7) Ita Haloander; pro eo quod in Vulg. legitur, *Kalendis illis*. Haloandri lectionem probat Anton. Augustinus lib. 4. *Emendat.* cap. 14 et observat migrationes Veterum eo tempore fieri solitas fuisse.

(8) Haloander legit, *ex Kalendis Julii fracta;* et recte. A Kalendis enim Januariis ad Junias, sunt tantum quinque menses : a *Juliis* autem, annus fere integer; unde merito dicitur, *nihil locatori conductorem præstaturum.* Retineri tamen posset verbum illud *fulta* [*étayée.*]

(9) Interim donec prior reficeretur.

(10) Graculi et Sturni, aves edaces magno agmine volantes.

(11) Puta; ex locustis, muribus, etc.

(12) Quum damnum ex ipsa re oritur, id est, quum damnum accidit in fructibus jam perceptis, puta *si vinum coacuerit*, damnum coloni esse debet : fructus enim percepit pro quibus mercedem debet; eos percipiendo suos fecit, et ei utpote domino perire debent.

(13) Alciatus legit, *erucis*. Cujacius retinet lectionem *raucis*, et eo nomine putat significari vermiculos; Observ. XV. 28.

(14) Budæus legit *Tabes ;* quod non probat Cujacius, quem vid. d. loco. Ut ut sit, hoc accipe de labe quæ fructibus contingit, puta flatu ventorum, aut incursu pluviarum.

Sed et si uredo fructum oleæ corruperit, aut solis fervore non assueto id acciderit; damnum domini futurum.

Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum si exercitus præteriens per lasciviam aliquid abstulit (1).

Sed et si ager terræ motu ita corruerit ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum præstari conductori, ut frui possit. *l.* 15. § 2. ULP. LIB. 32. AD EDICT.

Similiter Quum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret; ita ei rescriptum est: « Si prædium coluisti; propter casum incendii » repentini, non immerito subveniendum tibi » est ». *d. l.* 15. § 3. *Inter causas extrinsecas quibus frui prohibitus videri potest conductor, merito etiam locustas recensent Diocletianus et Maximianus. Ita illi*: Excepto tempore quo edaci locustarum pernicie, sterilitatis vitium intercessit; sequentis temporis fructus, quos tibi juxta præteritam consuetudinem deberi constiterit, reddi tibi Præses provinciæ jubebit. *l.* 18. *Cod. h. t.*

LII. *Ubi autem non aliqua vis major extrinseca, sed naturalis sterilitas, arguitur; quantumvis exigua sit fructuum quantitas quam colonus percipiat, nihil ei remittendum; ita docet Ulpianus.*

Quum quidam de fructuum exiguitate quereretur; non esse rationem ejus habendam, Rescripto Divi Antonini continetur. Item alio Rescripto ita continetur: « NOVAM rem desideras, ut propter » vetustatem vinearum remissio tibi detur ». *d. l.* 15. § 5.

LIII. *Ut colono merces remittatur ejus temporis quo fruitus non est; præterquam quod oportet causam ex qua fruitus non est, extrinsecam fuisse; hæc adhuc concurrere debent.*

1.° *Ut damnum quod passus est, fuerit immodicum.*

Unde Gaius: Vis major quam Græci ΘΕΟΥ ΒΙΑΝ [id est, *vim divinam*] appellant, non debet conductori damnosa esse; si, plus quam tolerabile est, læsi fuerint fructus: alioquin MODICUM DAMNUM ÆQUO ANIMO FERRE DEBET COLONUS, CUI IMMODICUM LUCRUM NON AUFERTUR. *l.* 25. § 6. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Oportet 2.° *ut hoc damnum immodicum, non fuerit aliorum annorum ubertate pensatum*; 3.° *Ut casus per quem contigit, non is fuerit qui ex speciali pacto aut ex speciali regionis consuetudine colonum spectaret.*

Hæc ex sequenti Rescripto Alexandri discimus. Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris; si tamen expressum non est in Locatione (ut mos regionis postulabat) ut, si qua lue tempestatis vel alio cœli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent; et quæ venerunt sterilitates, ubertate aliorum annorum repensatæ non probabuntur: rationem tui juxta bonam fidem haberi recte postulabis; eamque formam, qui ex appellatione cognoscet, sequetur. *l.* 8. *Cod. h. t.*

LIV. *Quod ubertas aliorum annorum, damnum unius anni pensare debeat, ita Papinianus libro 4 Responsorum ait*: Si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contingit ubertas; nihil obesse domino remissionem: sed integram pensionem etiam ejus anni quo remisit, exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno (2) respondit. Sed etsi verbo DONATIONIS dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum; quasi non sit donatio, sed transactio.

Quid tamen si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur, etsi superiores uberes fuerunt, et scit locator, Non debere eum ad computationem vocari. *l.* 15. § 4. ULP. LIB. 32. AD EDICT.

Cæterum in his quæstionibus magis hoc quod convenit inter contrahentes: regionisve morem, spectandum esse; quam quod unus aut alter fecit; ita rescribunt Diocletianus et Maximianus. Circa Locationes atque Conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. Quod si alii remiserint, contra legem contractus atque regionis consuetudinem, pensiones; hoc aliis præjudicium afferre non potest. *l.* 19. *Cod. h. t.*

LV. *Circa remissionem pensionis, duo observanda supersunt*, 1.° Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis; non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata. Supra denique (3), damnum seminis ad colonum pertinere (4) declaratur. *sup. d. l.* 15. § 7.

2.° Apparet de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Alioquin partiarius colonus quasi societatis jure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. *l.* 25. § 6. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

LVI. *Quod hactenus diximus, conductori cui frui non licuit, competere actionem* EX CONDUCTO *ut ipsi remittatur merces, sic accipe, nisi culpa ipsius conductoris frui ei non licuit.*

Hinc Scævola: Navem conduxit ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret; olei metretis tribus millibus impositis et frumenti modiis octo mil-

(1) Nec enim quid ex mercede remittitur, nisi damnum fuerit immodicum: videb. infra N. 53.

(2) In damno quod ob insolitam sterilitatem passus est vectigalium publicorum Conductor; puta apud nos *le Fermier des Aides.*

(3) Id est, *Denique supra declaratum est, damnum seminis, etc.* ex eadem l. 15. § 2. supra N. 51.

(4) Haloander legit, *non pertinere*. Rectius censet Gothofredus, lectionem retinendam sine negatione. Sensus planus est: scilicet, colonum nihil aliud posse desiderare quam ut ipsi remittatur merces; non vero ipsi refundatur impensa seminis.

libus, certa mercede. Sed evenit ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur; et onus impositum commisso tolleretur (1). Quæsitum est, an vecturas quas convenit a conductore secundum locationem exigere navis (2) possit? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur posse (3). *l.* 61. § 1. SCÆVOLA LIB. 7. DIG.

LVII. *Vidimus conductorem, quum ipsi re conducta frui non licet, agere actione* Conducti; *interdum quanti ejus interest, interdum eatenus ut merces remittatur. Quod si ideo ei frui non liceat, quod fructus dum adhuc penderent sint surrepti, ex hac causa in id* Ex Conducto *agetur, ut locator adversus furem fructus condicere, eosque a fure receptos conductori restituere teneatur.*

V. G. Messem, inspiciente colono, quum alienam esse non ignorares, sustulisti. Condicere tibi frumentum, dominum (4) posse Labeo ait; et ut id faciat, colonum Ex Conducto cum domino acturum. *l.* 60. § 5. LABEO POSTERIORUM LIB. 5. A JAVOL. EPITOM.

Consonat quod ait Ulpianus : Si solphurariæ sunt in agro, et inde aliquis terram egessisset abstulissetque; dominus Furti aget; deinde colonus Conducti actione consequetur ut id ipsum sibi præstaretur. *l.* 52. *(Alias 53.)* § 8. *ff. de Furt.* ULP. LIB. 37. AD ED.

§ 2. *De secunda causa ex qua actio* Conducti *competit; nimirum quum frui quidem licet, sed non jure Conductionis.*

LVIII. *Si colonus fruatur quidem, sed non jam jure Conductionis; agit* Ex Conducto *ut merces ipsi remittatur.*

Hinc Si colono tuo usumfructum fundi legaveris; usumfructum vindicabit (5), et cum herede tuo aget Ex Conducto; et consequetur ut neque mercedes præstet, et impensas (6) quas in culturam fecerat, recipiat. *l.* 34. § 1. *ff. de Usufr.* JULIAN. LIB. 35. DIGEST.

Similiter Javolenus : Colono suo dominus usumfructum fundi quem is colebat, legaverat. Aget colonus cum herede, ita ut judex cogat heredem ex Locationis actione eum liberare. *l.* 30. § 1. *ff. de Usufr. leg.* LIB. 2. EX POSTER. LABEONIS.

LIX. *Hæc accipe de pensionibus futuri temporis, non de præteriti. Hoc est quod dicitur :* Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi Ex Locato ob pensionem. Sed de tempore præterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur. Et puto solvendum. *l.* 9. § *fin.* ULP. LIB. 32. AD EDICT.

Et ego Ex Conducto recte agam, vel in hoc ut me liberes (7). *l.* 10. JULIAN. LIB. 3. AD FEROCEM.

§ 3. *De tertia causa ex qua* Conducti *agitur; nimirum quum causa Conductionis facta est deterior.*

LX. *Si ex aliquo facto causa Conductionis facta sit deterior; potest agi* Ex conducto, *vel ut in futurum a Conductione discedatur, vel saltem ut aliquid ex mercedibus futuri temporis remittatur.*

Unde Si vicino ædificante obscurentur lumina cœnaculi, teneri locatorem inquilino. Certe quin liceat colono vel inquilino relinquere Conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligimus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat. *l.* 25. § 2. GAIUS LIB. 10. AD ED. PROVINC.

Hæc tamen regula quam statuimus; cum aliquo temperamento accipienda est.

Enimvero Habitatores, non si paulo minus commode aliqua parte cœnaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet. Ea enim conditione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset quamobrem dominum aliquid demoliri oportet, aliquam partem parvulam incommodi sustineret : non ita tamen, ut eam partem cœnaculi dominus aperuisset in quam magnam partem usus habitator haberet. *l.* 27. ALFENUS LIB. 2. DIGEST. A PAULO EPITOMATOR.

§ 4. *De quarta causa ex qua* Conducti *agitur; nimirum si non præstentur Conductori quæ ex conventione aut ex consuetudine Conductioni accedere debent.*

LXI. Item utiliter Ex Conducto agit, is cui secundum conventionem non præstantur quæ convenerant; sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest. *l.* 24. § 4. § *item.* PAUL. LIB. 34. AD ED.

LXII. *Item aget ut ipsi præstentur ea quæ ad usum rei locatæ præstari moris est.*

Circa quod Illud nobis videndum est : si quis fundum locaverit; quæ soleat instrumenti nomine conductori præstare, quæque si non præstet Ex Locato

(1) Forte quod illicitæ merces essent impositæ.

(2) Legendum, *locator navis.*

(3) Nam sua culpa Conductor non fruitus est nave; quæ in provincia retenta est, propter illicitas merces quas in ea imposuerat.

(4) Colonus autem eos fructus condicere non potest; cum horum dominus non sit. Fructus enim non aliter conductori acquiruntur, quam si ejus nomine percepti sint; ut vid. in Instit. Tit. *de Rer. divis.* § 36.

(5) Et sic fiet ut jam fructuarii, non jure Conductionis fruatur.

(6) Intellige de illis quas ad perpetuam fundi utilitatem fecit et quas potest reputare locatori, nisi malit locator pati ut quas tollat : infra N. 66.

(7) In futurum scilicet.

tenetur? Et est epistola Neratii ad Aristonem; Dolia utique colono esse præstanda et prælum et trapetum (1) instructa fonibus: si minus, dominum ea instruere debere. Sed et prælum vitiatum, dominum reficere debere. Quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, Ex Locato teneri. Fiscor (2) autem quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parare debere Neratius scripsit: quod si regulis (3) olea prematur; et prælum et suculam et regulas et tympanum, et trochleas quibus levatur prælum, dominum parare oportere. Item aenum in quo olea calida aqua lavatur, ut cætera vasa olearia, dominum præstare oportere; sicuti dolia vinaria, quæ ad præsentem usum colonum picare (4) oportebit. Hæc omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit. *l.* 19. § 2. ULPIAN. LIB. 32. AD ED.

§ 5. *De quinta causa ex qua* Conducti *agitur, nimirum ob damnum quod vitio rei conductæ Conductor sensit.*

LXIII. *Ex hac quoque causa competit actio* Ex Conducto, *si res vitiosa fuerit. Verum interest an illud sit vitium quod ignorare non debuerit locator, an illud quod juste ignoraverit.*

Hinc Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit; tenebitur in id quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta: quod interest præstabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes: et ita Servio, Labeoni, Sabino, placuit. *d. l.* 19. § 1.

Uno verbo locator eo nomine ita in id quod interest tenetur, si culpa ejus argui possit. Hinc Labeo: Servum meum mulionem conduxisti: negligentia ejus mulus tuus periit. Si ipse se locasset, ex peculio duntaxat et in rem verso damnum tibi præstatorum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi præstaturum quam dolum malum et culpam meam (5) abesse. Quod si sine definitione personæ, mulionem a me conduxisti; et ego eum tibi dedissem cujus negligentia jumentum perierit, illam quoque culpam me tibi præstaturum aio, quod eum elegissem qui ejusmodi damno te afficeret. *l.* 60. § 7. LABEO POSTERIORUM LIB. 5. JAVOLENO EPITOMATORUM.

LXIV. *Observandum etiam; ob illud demum damnum hac actione agi, quod cohæret cum usu ad quem res locata est.*

Hinc Si hominem tibi locavero ut habeas in taberna; et is furtum fecerit; dubitari potest utrum Ex Conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum ut quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxisti? An adhuc dicendum sit, extra causam Conductionis esse furti crimen, et in propriam persecutionem cadere hoc delictum? Quod magis est. *l.* 45. § 1. PAUL. LIB. 22. AD ED.

Multo magis non præstabitur conductori illud damnum quod non ab ipsa re conducta sensit, sed hujus occasione.

Hinc Si domum tibi locavero, et servi mei tibi damnum dederint vel furtum fecerint (6); non teneor tibi Ex Conducto, sed Noxali actione. *d. l.* 45.

Similiter Philippus: Damnum quod per aggressuram latronum in possessionibus locatis rei tuæ illatum esse proponis; a domina earumdem possessionum, quam nullius criminis ream facere te dicis; resarciri tibi nulla ratione desideras. *l.* 12. *Cod. h. tit.*

§ 6. *De sexta causa ex qua* Conducti *agitur; nimirum ut liceat Conductori tollere quod in fundum conductum invexit aut in eo ædificavit.*

LXV. *Venit etiam in actione* Ex Conducto, *ut conductori facultas præstetur tollendorum eorum quæ in ædes conductas invexit.*

Unde Si inquilinus arcam æratam (7) in ædes contulerit, et ædium aditum coangustaverit dominus: verius est, Ex Conducto eum teneri, et Ad exhibendum actione; sive scit, sive ignoraverit. Officio enim judicis continetur ut cogat eum, aditum et facultatem inquilino præstare ad arcam tollendam; sumptibus scilicet locatoris. *l.* 19. § 5. ULP. LIB. 32. AD ED.

LXVI. *Item* In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel ædificaverit vel instituerit, quum id non convenisset; ad recipienda ea quæ impendit (8) Ex Conducto cum domino fundi experiri potest. *l.* 55. § 1. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Similiter Ulpianus: Si inquilinus ostium vel quædam alia ædificio adjecerit; quæ actio locum habeat? Et est verius quod Labeo scripsit; Competere Ex Conducto actionem, ut ei tollere liceat.

Sic tamen ut DAMNI INFECTI caveat; ne in aliquo, dum aufert, deteriorem causam ædium faciat; sed ut pristinam faciem ædibus reddat. *sup. d. l.* 19. § 4.

(1) Mola olearia: ut apud Virgil. Georg.
.... *Teritur Sycionia bacca Trapetis.*

(2) Intrita oliva novo fisco includitur, et prælo subjicitur. Vid. Columell. Cottam.

(3) Vid. Budæum ad d. l. qui fusius explicat quid sint *Regula, Sucula, Tympanum, Trochleæ.*

(4) *Picare* est *pice* linire. Plin. lib. 14. cap. 20.

(5) Culpa autem mea caret, si eum pro perito locassem: et hoc casu teneret tibi *Ex Conducto;* ut dicitur in l. 27. § 34. *ad Leg. Aquil.* quam vid. supra lib. 9. d. tit. N. 16.

(6) Eo facilius, quod hujus domus aditus cognosceret.

(7) Haloander *cameratam*, id est, arcuatam. CAMERA enim Festo est *curvum.*

(8) Quod eo sensu accipe, non ut impensæ ipsi restituantur, sed ut ipse impensa tollere possit; ut patet ex l. seq.

ARTICULUS II.

Quid veniat in actione Conducti, *quum opus faciendum locatum est.*

LXVII. *Quid conductor operis, hac actione consequatur; ita docet Antoninus :* Adversus eos a quibus exstruenda ædificia conduxisti, Ex Conducto actione contendens; eo judicio quod est bonæ fidei, debitum (1) cum usuris solutis consequeris. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

LXVIII. *Ita tamen; si opus probatum fuerit, quum per aversionem locatum est; aut, quum in singulos pedes Locati, facta est, si fuerit mensuratum, steteritve per locatorem.*

Interim autem Opus quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit ut in pedes mensurasve præstetur, eatenus conductoris periculo est quatenus admensum non sit. Et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quominus opus approbetur vel admetiatur.

Si tamen vi majore opus prius interciderit quam approbaretur, locatoris periculo est; nisi si aliud actum sit : non enim amplius præstari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecuturus esset. *l.* 36. FLORENTIN. LIB. 7. INSTITUT.

Unde cum indistincte Labeo dixisset : Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes (2) corrumpit; tuum periculum est : Paulus, Imo, si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum; si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum. *l.* 62. LABEO. LIB. 1. PITHAN.

Item Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat. Deinde operis parte effecta terræ motu concussum erat ædificium. Massurius-Sabinus, Si vi naturali (veluti terræ motu) hoc acciderit, Flacci esse periculum. *l.* 59. JAVOLEN. LIB. 5. LABEONIS POSTERIOR.

Hæc cum limitatione accipienda sunt. Nimirum, Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est; detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit ut probari deberet (3). *l.* 37. JAVOLENUS LIB. 8. EX CASSIO.

LXIX. *Hactenus de casu quo opus* Per aversionem *locatum est. Quod si in singulos pedes, conductor* Ex Conducto *aget, statim atque mensuratum fuerit.*

Et quidem mensurari potest, licet imperfectum. Ita enim Alfenus : Qui ædem faciendam locaverat, in lege dixerat : QUOAD IN OPUS LAPIDIS OPUS ERIT, PRO LAPIDE ET MANUS (4) PRETIO DOMINUS REDEMPTORI IN PEDES SINGULOS SEPTEM DABIT. Quæsitum est, utrum factum opus, an etiam imperfectum metiri oporteret? Respondit : Etiam imperfectum. *l.* 30. § 3. ALFEN. LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOMAT.

ARTICULUS III.

Quid veniat in actione Conducti, *quum quis alicujus operas conduxit.*

LXX. *Articulus superior est de casu quo negotium cœpit a domino operis, qui opus faciendum locavit.*

Jam de casu quo cœpit ab artifice, qui operas suas locavit. Hoc autem casu tenetur Conducti *actione locator, suas operas exhibere.*

Et quidem In operis duobus simul locatis, convenit priori conductori ante satisfieri. *l.* 26. ULP. LIB. 2. DISPUT.

Si locator operas suas non exhibuerit, nec saltem paratus fuerit eas exhibere; veniet in hac actione id quod interest conductoris, ipsi operis frui non licuisse : aut si juste fuerit impeditus, venit saltem ut mercedem remittat. Hoc ex ante dictis facile est intelligere.

LXXI. *Horrearii qui horrea sua locant ad deponendas merces, etiam exactæ custodiæ operas locasse intelliguntur. Igitur si merces perierunt aut surreptæ sunt, tenentur eo nomine quod hanc custodiam non præstiterint : de vi majore autem non tenentur.*

Hinc Antoninus : Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam latronum conductori præstare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illæsis horreis, perierit; damnum depositarum rerum ei resarcire (5) debet. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Sic accipe quod ait Gaius : Qui mercedem accepit pro custodia alicujus rei, is bujus periculum custodiæ præstat. *l.* 40. GAIUS LIB. 5. AD ED. PROVINC.

LXXII. *Quod si horrearius nominatim custodiam mercium in se recepit; videbitur locasse operas non solum exactæ, sed etiam exactissimæ custodiæ : adeoque etiam effracturas præstabit, cum potuerit eas præcavere ponendo custodes qui latrones arcerent.*

Hoc sensu Paulus : Dominus horreorum, effractis et compilatis horreis, non tenetur; NISI custodiam eorum receperit. *l.* 55. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Sed etsi hoc in se non recepit ; Servi tamen ejus

(1) Pretium Locationis.

(2) *Labem* intellige, soli fragorem quo resedit solum.

(3) Si igitur Locator ostendere possit opus illud non fuisse probe factum; et tale ut non debuisset probari; quamvis vi majore destructum sit, Conductor nil consequitur : quia et citra hanc vim majorem, nil fuisset consecuturus.

(4) Ita recte Haloander. Vulg. *manu pretio.* [*Pour la main-d'œuvre.*]

(5) Tenetur enim dominus idem et locator horrei, eo nomine quod non exhibuerit operas exactæ custodiæ; unde factum est ut merces perirent.

cum quo contractum est, propter ædificiorum notitiam, in quæstionem peti possunt. *d. l.* 55.

Consonat quod rescribit Alexander. Ex D. Antonini Pii litteris certa forma est, ut domini horreorum effractorum ejusmodi querelas deferentibus custodes exhibere necesse habeant : nec ultra periculo subjecti sunt. Quod vos quoque adito Præside provinciæ impetrabitis : qui, si majorem animadversionem exigere rem deprehenderit, ad Domitium-Ulpianum Præfectum Prætorio parentem (1) meum reos remittere curabit. Sed quia domini horreorum nominatim etiam ipsi custodiam repromiserunt, idem exhibere debent. *l.* 4. *Cod. h. t.*

LXXIII. *Circa hanc custodiam quam horrearius præstat, nota quod ait Labeo. Etiamsi* Locator horrei propositum habuit se aurum, argentum, margaritam, non recipere suo periculo; deinde, quum sciret has res inferri, passus est : proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit remissum [videtur (2)]. *l.* 60. § 6. LABEO POSTERIOR. LIB. 5. A JAVOLEN. EPITOM.

Observandum superest eum qui horreum locat etiam custodiam suam locare tunc demum intelligi quum ei locat qui merces ibi repositurus sit; non quum ei locat qui ipse per partes horreum sit ablocaturus.

Hinc idem Labeo : Rerum custodiam quam horrearius conductoribus præstare deberet, locatorem totorum horreorum horreario (3) præstare non debere puto; nisi locando aliter convenerit. *d. l.* 60. § 9.

(1) Ita honoris causa appellat Imperator virum Jurisconsultum, dignitate, doctrina et ætate commendabilem.

(2) Hæc vox abundat.

(3) *Horrearius* hic intelligitur qui horrea per partes ablocat.

TERTIA PARS.

De his quæ pertinent ad finiendam Locationem-conductionem; et de Reconductione.

ARTICULUS I.

De causis et modis Locationis finiendæ.

§ 1. *Quando finitur Locatio-conductio.*

LXXIV. *Locatio-conductio finitur, finito tempore Locationis.*

Hinc Invitos conductores seu heredes eorum post tempora Locationis impleta, non esse retinendos sæpe rescriptum est. *l.* 11. *Cod. h. t.* PHILIPPUS.

Vice versa, sub exilii interminatione conductoribus prohibetur, ex Constitutione Zenonis, ne controversiam ullam faciant quominus finito tempore Conductionis, aliis prædia locari possint. l. 32. Cod. h. t.

LXXV. *Finitur etiam Locatio rei interitu : item resoluto jure locatoris.*

Igitur Hic subjungi potest quod Marcellus libro 6 Digestorum scripsit, Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit; heredem ejus non teneri ut frui præstet : non magis quam insula exusta teneretur locator conductori.

Sed an Ex Locato tenetur conductor, ut pro rata temporis quo fruitus est pensionem præstet, Marcellus quærit? quemadmodum præstaret, si fructuarii servi operas conduxisset, vel habitationem. Et magis admittit, teneri eum. Et est æquissimum.

Idem quærit Si sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus; an recipiat? Et ait, non recepturum; quia hoc evenire posse prospicere debuit. *l.* 9. § 1. ULP. LIB. 32. AD ED.

Quod tamen dicimus, finiri Locationem soluto jure locatoris, limitationem recipit.

Quid tamen si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus? Videlicet tenebitur (1) : decepit enim conductorem. Et ita Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit. In exustis quoque ædibus, ejus temporis quo ædificium stetit, mercedem præstandam rescripserunt. *d.* § 1.

LXXVI. *Non solet morte locatoris aut conductoris finiri Locatio-conductio.*

Unde Gordianus : Viam veritatis ignoras, in Conductionibus non succedere heredes conductoris existimans; cum sive perpetua Conductio est, etiam ad heredes transmittatur; sive temporalis, intra tempora Locationis heredi quoque onus contractus incumbat. *l.* 10. *Cod. h. t.*

Uno tamen casu morte solvitur. Nam Locatio precariive rogatio ita facta; QUOAD is qui eam locasset dedissetve, VELLET; morte ejus qui locavit, tollitur. *l.* 4. POMPON. LIB. 16. AD SABIN.

§ 2. *An, et ex quibus causis stante Conductione Conductor expelli possit necne.*

LXXVII. *Has causas refert Antoninus qui sic*

(1) Heres fructuarii, in id quod interest conductoris frui ipsi non licere. Durat enim obligatio Conductionis.

rescribit : Æde quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti (1), invitam te expelli non oportet; nisi propriis usibus dominos eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es. *l.* 3. *Cod h. t.*

Ex hoc autem conductor expelli non potest, quod alius meliorem conditionem offerat.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si olei certa ponderatione (2) fructus anni locasti; de contractu bona fide habito, propter hoc sôlum quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet. *l.* 21. *Cod. h. t.*

§ 3. *Quid obtineat quum Conductor diu non apparet.*

LXXVIII. Quum domini horreorum insularumque desiderant, diu non apparentibus nec ejus temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire; et ea quæ ibi sunt describere : a publicis personis [quorum (3) interest] audiendi sunt. Tempus autem in hujusmodi re, biennii debet observari. *l.* 56. Paul. lib. singular. de Offic. Præfect. vigil.

ARTICULUS II.

De Reconductione.

LXXIX. *Finitur quidem Locatio-conductio finito Locationis-conductionis tempore. Cæterum si in fundo remanet is* Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est. Intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare : et hujusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo, si interim dominus furere cœperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait ut Locatio redintegretur (4). Et est hoc verum. *l.* 14. Ulp. lib. 71. ad Ed.

Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ità accipiendum est; ut in ipso anno quo tacuerunt, videantur eamdem Locationem renovasse; non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte initio fuerat Conductioni præstitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum, nihil fuerit contrarium actum; eamdem videri Locationem in illo anno permansisse. Hoc enim ipso qui tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in uno quoque anno observandum est.

In urbanis autem prædiis, alio Jure utimur; ut pro ut quisque habitaverit, ita obligetur : Nisi (5) in scriptis certum tempus Conductionis comprehensum est. *l.* 13. § 11. ¶ *quod autem.* Ulp. lib. 32. ad Ed.

(1) Ergo si non solvisti, potes expelli; sed nonnisi post biennium, nisi aliud convenerit : ut colligere est ex l. 56. h. t infra N. seq. et ut vid. supra ex l. 54. § 1.

(2) Hinc liquet, pretium Locationis-conductionis posse consistere in certa quantitate fructuum : ut diximus supra N. 4 et 55.

(3) Hæc verba *quorum interest*, mota videntur suo loco; et reponenda sunt supra post verbum *insularumque.*

(4) Nec enim hoc casu intelligi potest dominus ex integro locasse; cum Locatio consensum ejus desideret : furiosus autem consentire non potest.

(5) Exceptionem hanc adjectam esse a Triboniano censet D. Schultingius, *Thes. Controvers.* Decad. 69. Th. 6. Et sensus est, ita demum Reconductioni esse locum, nisi prima Conductio ad certum tempus fuerit facta in scriptis, juxta Constitutionem Justiniani in l. 17. Cod. *de Fid. instrum.* Cum enim hoc casu prima Locatio scripturam requisierit, non debet Reconductio solo tacito consensu contrahi.

APPENDIX

Ad duos Titulos præcedentes.

CAPUT PRIMUM.

De pignoribus et fidejussoribus a Conductoribus datis.

I. *Contractui Locationis-conductionis accedere solent pignora; de quibus modo videb. infra Tit.* In quib. caus. pign. vel. hypoth. tac.

Accedere solent et fidejussores. Circa quos hæc prima occurrit quæstio.

Quæro an fidejussor Conductionis, etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur; nec prosint ei Constitutiones quibus cavetur eos qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere? Paulus respondit; Si in omnem causam Conductionis etiam fidejussor se obligavit, eum quoque (exemplo coloni) tardius illatarum per moram coloni pensionem præstare debere usuras. Usuræ enim in bonæ fidei judiciis, etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicantur; tamen cum fidejussor in omnem causam se applicuit, æquum (1) videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum : ac si (2)

(1) Idem dicitur in l. 2. § 12. ff. *de Admin. rer. ad civit. pertinent.* quam vid. infra lib. 46. Tit. *de Fidejussor.* Art. 7.

(2) Id est, æque ac si.

ita fidejussisset; In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes? vel ita, Indemnem me præstabis? l. 54. Paul. lib. 5. respons.

II. 2.° *Illud quæritur: an locator principalis, eorum quibus primus conductor rem ablocavit, fidejussores et pignora sibi obligata habeat? De hac re, ita Papinianus:* Qui fidejussor extitit apud mancipem (1) pro colono publicorum prædiorum, quæ manceps ei colono locavit; Reipublicæ non tenetur, sed fructus in eadem causa pignoris manent. *l.* 53. Papin. lib. 11. respons.

Quoad cæteras res autem quæ non ex tacito jure obligantur: Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur (2).

Sed fructus in causa pignoris manent; quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset. *l.* 24. § 1. Paul. lib. 34. ad Ed.

III. 3.° *Circa pignora et fidejussores, hæc alia est quæstio; an in Reconductionibus durent? Et quidem quod ad pignora attinet, ita rescribunt Valerianus et Gallienus:* Legem quidem Conductionis servari oportet, nec pensionum nomine amplius quam convenit reposci. Sin autem tempus in quo locatus fundus fuerat, est exactum; et in eadem Locatione conductor permanserit: tacito consensu eamdem Locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur. *l.* 16. *Cod. de Locato et cond.*

Idem docuerat Ulpianus. Ita ille: Qui impleto tempore Conductionis remansit in Condoctione, non solum reconduxisse videbitur; sed etiam pignora videntur durare obligata.

Sed hoc ita verum est; si oon alius pro eo in priore Conductione res obligaverat. Hujus enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si Reipublicæ prædia locata fueriut. *l.* 13. § 11. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Simili ratione fidejussores qui pro prima Conductione fidejusserant, pro Reconductione non obligantur.

Hinc Alexander: Si, quum Hermes vectigal Octavarum (3) in quinquennium continuum conduceret, fidem tuam obligasti; posteaque spatio ejus temporis expleto, quum idem Hermes in Conductione ut idoneus detineretur, non consensisti; sed cautionem tibi reddi postulasti: non oportere te de posterioris temporis periculo astringi, competens judex non ignorabit. *l.* 7. *Cod. de Locato.*

CAPUT SECUNDUM.

De contractu Emphyteutico.

IV. *Contractus* Emphyteuticus *valde affinis est contractibus tum Locationis-conductionis, tum Emptionis-venditionis. Quare pauca de eo hic Appendicis vice dicenda.*

Definiri potest, Contractus quo convenit ut prædium in perpetuum aut in tangum tempus possidendum fruendumque detur, pro certa annua mercede; quæ Canon Emphyteuticarius *appellatur.*

V. *Differt a contractu Locationis-conductionis, quod in contractu Locationis-conductionis id duntaxat agitur ut conductori re conducta frui liceat; non ut quodvis jus in re, aut rei possessionem consequatur, quæ remanet apud locatorem cujus nomine rem detinet conductor.*

Contra in contractu Emphyteutico hoc agitur ut possessio rei, et quodammodo dominii utilis jus (4), *ad Emphyteutam transeat. Ad cujus juris persecutionem, si rei possessione exciderit, datur ipsi actio utilis* in rem; *de qua egimus supra lib.* 6. *Tit.* Si ager vectig.

Hinc Emphyteutæ non remittitur vectigal ob sterilitatem, sicut remittitur colono merces. Nec enim ratione fructuum, sed juris in re atque suæ possessionis, debet illud vectigal.

Illud etiam observari potest discrimen; quod finita Emphyteusi non potest tollere sua Emponemata; *fundus enim ideo in Emphyteusim datur ut melior fiat.*

Differt etiam hic contractus a contractu Emptionis-venditionis; quod in contractu venditionis hoc agitur, ut venditor omne jus quod in re habet ad emptorem transferat. Contra in hoc contractu id agitur ut qui rem hoc titulo dat, hujus dominium directum retineat, possessionemque duntaxat ac jus quale modo diximus in Emphyteutam transferat.

Hinc recte Zeno in l. 1. *Cod.* de Jure Emphyt. *definivit, hunc contractum propriam contractus speciem constituere* (5).

VI. *Rei per Emphyteusim datæ periculum, quandiu res remanet, quamvis imminuta aut deterior facta, spectat Emphyteutam: qui nihilominus integrum canonem persolvere tenetur. Verum totalis rei*

(1) *Mancipem* hic accipe, publicanum qui prædia quæ a Republica conduxerat, ablocavit colono.

(2) Secus obtinet circa invecta et illata in prædium urbanum.

(3) Vectigal quod pro mercibus advehendis vel evehendis solvebatur [*Droits d'entrée et de sortie*]. Vid. infra lib. 39. Tit. *de Publican.*

(4) Hoc jus Veteribus dicebatur *usus*: illud autem quod apud Locatorem fundi remanebat, dicebatur *mancipium*. Ad quod alludit Cicero in Epistolis lib. 7 Ep. 29.

(5) Hoc quidem Zeno circa contractum Emphyteuticum definivit: cæterum hic contractus non ab ipso inventus, sed antiquissimus est; et pridem apud Romanos frequens fuit. Quid enim aliud est quam contractus Emphyteuticus, is quo civitates agros suos in perpetuum fruendos possidendosque locabant; sub lege pendendi certi annui vectigalis? de quibus est Tit. *Si ager vectig.* supra lib. 6. Hujus etiam contractus mentio fit apud Livium XXXI. 13. ubi refert decrevisse *Patres: Consules agrum æstimaturos; et in jugera, asses vectigales* [*testandi causa publicum agrum esse*] *imposituros.* Sed et apud cæteras gentes hic contractus et quidem longinquissimis temporibus in usu fuit. Ita Pharao terras Ægyptiis fruendas possidendasque dedit, sub lege pendendæ quintæ partis fructuum. *Genes.* XLVII. 24. 26.

interitus spectat dominum; cum hoc casu a persolvendo canone Emphyteuta liberetur.

VII. *Denique, nisi aliud convenerit, hoc Jus circa Emphyteusim observatur:*

1.° *Ut liceat Emphyteutæ jus suum in alium transferre, modo prædicat domino quantum pretii ab emptore sit accepturus; ut intra duos menses dominus jus prælationis habeat: qui si oblatam conditionem intra hoc tempus accipere omiserit, teneatur emptorem in novum Emphyteutam suscipere, accepta pretii quinquagesima. l. fin. Cod.* de Jur. Emphyt.

2.° *Ut non soluto per triennium canone, jus Emphyteutæ extinguatur, et res ad dominum redeat; nec possit eam Emphyteuta retinere propter impensas aut meliorationes quas in ea fecerit: quas prorsus amittit.* l. 2. Cod. d. tit.

TITULUS III.

DE ÆSTIMATORIA.

I. Tractationibus *de Emptione-venditione et de Locatione-conductione, merito subjicitur hic Titulus; in quo nova species contractus proponitur, qui cum supra dictis contractibus magnam habet affinitatem.*

Contractus ille est, in quo quis alteri rem circumferendam vendendamque dat; ea lege ut ipsi hanc rem, aut Æstimationem de qua inter ipsos convenit, reddat.

In hoc contractu, Æstimatio periculum facit ejus qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere; aut Æstimationem de qua convenit. *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 32. ad Ed.

Hoc tamen distinctionem recipere docet Ulpianus. Ita ille: Si margarita tibi æstimata dedero, ut eadem mihi afferres aut pretium eorum; deinde hæc perierint ante venditionem: cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, Si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus; teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi præstes. *l.* 17. § 1. *ff. de Præscript. verb.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

II. Actio autem ex hac causa utique erit Præscriptis verbis. *d.* § 1.

Idem ait Paulus: Hæc actio utilis est, etsi merces (1) intervenit. *l.* 2. Paul. lib. 30. ad Ed.

Et quidem hæc Præscriptis Verbis Actio De Æstimato proponitur, tollendæ dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, quum res æstimata vendenda datur; utrum Ex vendito sit actio propter æstimationem (2); an Ex locato, quasi rem vendendam locasse videor; an Ex conducto, quasi operas conduxissem (3); an Mandati (4)? Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quoties enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari; dandam [Æstimatoriam (5)] Præscriptis Verbis actionem. Est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quæ in bonæ fidei judiciis (6) diximus. *sup. d. l.* 1.

Consonat quod alibi dicitur: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses tibi haberes; placet neque Mandati neque Pro socio esse actionem: sed In Factum quasi alio negotio gesto: quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit. *l.* 13. *ff. de Præscript. verb.* Ulp. lib. 13. ad Sabin.

(1) Ideo ait *etsi merces intervenit*, quod forte alicui videri possit mercede in hoc negotio constitota non esse recurrendum ad actionem utilem, ad actionem *Præscriptis verbis;* sed esse hoc negotium Locationem-conductionem, locatasque videri operas ejus qui rem circumferendam et vendendam accepit. Verum est aliquid in hoc negotio quod a contractu locationis exorbitat; scilicet conventio qua convenit ut ipsi liceat rem aut æstimationem reddere: et ideo ad actionem *Præscriptis Verbis* recurritur.

(2) Non tamen est venditio; cum is qui rem æstimatam accepit, non præcise obligetur ad pretium solvendum, sed possit rem reddere.

(3) Sed non est Locatio-conductio; quia non est certa merces constituta.

(4) Sed non est mandatum; quia, si is qui rem æstimatam vendendam accepit, pluris eam vendat, ipsius lucro cedet: quod a mandato exorbitat.

(5) Hanc vocem perperam ab aliquo Glossatore additam recte censent Hotomanus et alii Doctores. Hæc enim regula, de actione *Præscriptis verbis* in genere, non specialiter de *Æstimatoria*, vera est.

(6) Hæc actio, et illa de qua sequenti Titulo agitur, sunt bonæ fidei: ut vid. in *Instit.* Tit. *de Action.* § 28. Ceteræ actiones *Præscriptis Verbis*, sunt stricti Juris; ut observat Cujacius ad l. 2. h. tit.

TITULUS IV.

DE RERUM PERMUTATIONE.

Recte *etiam hic subjicitur Titulus* De rerum Permutatione; *quandoquidem Permutatio magnam cum Emptione-venditione habet affinitatem.*

Est autem Permutatio, *contractus quo alter ab altero certam rem accipiendo, ad aliam certam rem ipsi præstandam se obligat.*

I. *Quamvis hic contractus sit Emptioni-venditioni affinis, tamen differt in pluribus.*

Et quidem 1.° *non eadem sunt utriusque contractus substantialia. Nam in contractu Emptionis-venditionis*, Sicut aliud est vendere, aliud emere; alius emptor, alius venditor; ita aliud pretium, aliud merx. At in Permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit. *l.* 1. Paul. lib. 32. ad Ed.

2.° Multumque differunt præstationes. Emptor enim nisi nummos accipientis fecerit, tenetur Ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet. In Permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet; si merx, neutrius. Sed cum debeat et res et pretium esse; non potest inveniri quid eorum merx, et quid pretium sit: nec ratio patitur ut una eademque res, et væneat, et pretium sit emptionis (1). *d. l.* 1.

II. 3.° *Differt uterque contractus circa modum quo contrahitur. Nam* Item emptio-venditio nuda consentientium voluntate contrahitur: Permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet (2). Alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus: quod in his duntaxat (3) receptum est, quæ nomen suum habent, ut in Emptione-venditione, Conductione, Mandato. *d. l.* 1. § 2.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Ex placito permutationis, nulla re secuta (4) constat nemini actionem competere: nisi stipulatio subjecta, ex Verborum obligatione quæsierit partibus actionem. *l.* 3. *Cod. h. t.*

III. *Et quidem ut Permutationis contractus perficiatur, non sufficit ut ex altera parte nuda rei traditio facta sit. Oportet ut hujus rei dominium translatum sit.* Ideoque Pedius ait, Alienam rem dantem, nullam contrahere Permutationem. *sup. d. l.* 1. § 3.

Hoc casu Igitur, ex altera parte traditione facta (5), si alter rem nolit tradere; non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse de qua convenit (6): sed ut res contra nobis reddatur, Conductioni locus est quasi re non secuta. *d. l.* 1. § 4.

Ubi autem alter in alterum dominium transtulit, perficitur ex illa parte contractus: ex quo actio Præscriptis verbis *nascitur; qua is qui accepit, rem de qua convenit vicissim præstare teneatur.*

Hoc rescribunt Diocletianus et *Maximianus.* Ea lege rebus donatis Candido, ut quod placuerat menstruum seu annuum tibi præstaret: cum hujusmodi conventio non nudi pacti nomine censeatur, sed rebus propriis dictæ legis substantia muniatur; ad implendum tibi placitum sicut postulas, Præscriptis verbis competit actio. *l.* 8. *Cod. h. t.*

IV. *Vidimus quando Permutatio perficiatur et actionem pariat. Porro eadem veniunt in hac actione, quæ in actione* Empti.

Unde si quis rem titulo Permutationis accepit ea lege ut servum vicissim præstaret; Aristo ait: quoniam Permutatio vicina esset emptioni; sanum quoque, furtis noxisque solutum, et non esse fugitivum, servum præstandum, qui ex causa daretur. *l.* 2. Paul. lib. 5. ad Plaut.

Hinc etiam hæc actio, sicut et actio Empti, *non solum competit si res tradatur: sed et* Si ea res quam accepetim vel dederim postea evincatur; In factum (7) dandam actionem respondetur. *l.* 1. § 1. Paul. lib. 32. ad Ed.

Et cum eadem præstanda veniant in hac actione, quæ præstantur in actione Empti; *ideirco Diocletianus et Maximianus sic rescribunt:* Permutationem utpote reipsa bonæ fidei constitutam (sicut commemoras) vicem emptionis obtinere non est Juris incogniti. *l.* 2. *Cod. h. t.*

V. *Hactenus de actione* Præscriptis verbis *quæ ex contractu Permutationis descendit.*

(1) Non respondet ad id quod sibi proposuerat; scilicet quid præstandum sit in Permutatione: sed solutio patebit ex dicendis infra N. 3.

(2) Id est, ex Permutatione tunc demum civilis obligatio nascitur, quum unus ex compermutantibus rem alteri dedit: ex tunc obligari incipit alter ad dandam vicissim rem alteram de qua convenit.

(3) Porro Permutatio non est ex illis conventionibus, ex quibus certa ac nominata actio Jure Civili prodita est.

(4) Id est, nulla datione rei secuta.

(5) Domino tamen non translato.

(6) Quia Permutationis contractus nondum perfectus est; dominio nondum translato. Sed saltem competit *Condictio, etc.*

(7) Id est, *Præscriptis verbis.*

Observandum superest; eum cui competit, posse (si malit) agere Conditione ob rem dati re non secuta.

Hoc rescribunt iidem Imperatores. Quoniam asseveras patrem tuum ei contra quem preces fundis, hac conditione dedisse fundum ut invicem domum certam acciperet: aditus Præses provinciæ, placitis eum parere; vel, si causam propter quam fundus datus est sequi non perspexerit, conditionis ratione datum a te restituere (sicut postulas) jubebit. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Et rursus: Cum precibus tuis expresseris, placitum inter te et alium Permutationis intercessisse; eumque, fondum a te datum vendidisse: contra emptorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo Permutationis non negas. Sed si secundum fidem placiti stipulatio subjecta est; successores ejusdem cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis (1): si vero nulla stipulatio intercessit, Præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Pariter, quum res mihi evicta est, possum (si malim) rem quam vicissim dedi condicere; si tamen is a quo rem quæ mihi evicta est accepi, non venalem eam haberet. Hoc rescribit Gordianus: Si quum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine licet non taxata (2) quantitate, aliam possessionem dedit; idque quod comparavit non injuria judicis nec patris tui culpa evictum (3) est: ad exemplum Ex empto actionis, non immerito id quod tua interest, si in patris jura successisti, consequi desideras. At enim si, quum venalis possessio non esset (4), Permutatio facta est, idque quod ab adversario præstitum est, evictum est; quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis. *l.* 1. *Cod. h. t.*

VI. *Hactenus de Permutatione.*

Permutationis quædam species est, Divisio: *ex qua etiam nascitur actio* Præscriptis verbis, *si qua res quæ ex divisione uni obtigit ei fuerit evicta; et competit adversus eos quibuscum divisio facta est, eamve ratam habuerunt.*

De hac actione ita Papinianus: Divisione inter coheredes facta, si procurator absentis interfuit et dominus ratam habuit: evictis prædiis in dominum actio dabitur, quæ daretur in eum qui negotium absentis gessit, ut quanti sua interest actor consequatur: scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa, finem pretii quo fuerat tempore divisionis æstimatus, diminuat vel excedat (5). *l.* 66. § 3. *ff. de Evict.* Papin. lib. 28. quæst.

(1) Actione *Ex stipulatu.*

(2) Nam si definita fuisset certa pretii quantitas; in cujus pecuniæ solutionem res esset data: esset emptio.

(3) Evictiones enim quæ injuria judicis aut culpa emptoris contingunt, non dant locum actioni. Vid. supra Tit. *de Act. Empt.* N. 39.

(4) Hoc solo casu quo possessio venalis non esset, concedunt Condictionem ejus possessionis quæ vicissim data est. Rationem disparitatis inter utrumque casum hanc affert Cujacius; quod quum altera possessio venalis fuit, eo magis negotium accedere videatur ad emptionem: magis enim hoc casu discernitur quid merx, quid pretii loco sit. Hinc est quod eo casu [ut in emptione] evicta re, agitur duntaxat in id quod interest; non ad repetitionem dati.

(5) Ut in æstimatione hujus quod interest, non spectetur quanti res erat tempore contractus quæ postea evicta est; sed quanti erat tempore evictionis: adeoque prout melior vel contra deterior facta esset, augeatur vel minuatur pretium quanti erat tempore contractus.

TITULUS V.

DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

Cum *ex contractibus de quibus actum est duobus superioribus Titulis, detur actio* In factum *seu* Præscriptis Verbis; *hinc ansam arripuerunt Pandectarum ordinatores subjiciendæ in hoc titulo generalis tractationis de actionibus* Præscriptis Verbis et In Factum.

Actiones In factum *illæ sunt quæ dantur quum actiones vulgares et quæ nomen habent, deficiunt.*

Descendunt autem istæ actiones In factum, *aut ex contractibus, aut ex aliis causis. Primum agemus de illis quæ ex contractibus descendunt: quæ etiam plerumque appellantur* Præscriptis Verbis.

ARTICULUS I.

Ex quibus contractibus descendant actiones In Factum *et* Præscriptis Verbis.

I. Nonnunquam evenit ut cessantibus judiciis proditis, et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas quæ In Factum appellantur. *l.* 1. Papin. lib. 8. quæst.

Nam, cum deficiant vulgaria atque usitata actio-

num nomina; Præscriptis (1) Verbis agendum est. *l.* 2. Celsus lib. 8. digest.

In quam necesse est confugere, quoties contractus existuut quorum appellationes uullæ Jure Civili proditæ sunt. *l.* 3. Julian. lia. 14. digest.

Natora euim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula. *l.* 4. Ulp. lib. 30. ad Sabin.

Harum actionum etiam mentionem faciunt Diocletianus et Maximianus qui ita rescribunt : Rebus certa lege traditis; si huic non pareatur, Præscriptis Verbis iucertam (2) civilem dandam actionem, Juris auctoritas demoustrat. *l.* 6. *Cod. de Rer. permut.*

II. *Non tamen ex quibusvis innominatis contractibus dantur actiones* In factum *civiles, seu* Præscriptis Verbis; *sed ex illis duntaxat qui cum aliquo ex nominatis contractibus affinitatem et similitudinem habent : ut ad instar actionis quæ ex illo contractu descendit, actio civilis* Præscriptis Verbis *detur. Quæ actio etiam, actio* Utilis *ex illo contractu cum quo affinitatem habet, appellatur : et sic accipiendum quod,* Quoties deficit actio vel exceptio; Utilis actio, vel exceptio est. *l.* 21. Ulp. lia. 2. disput.

In illis autem contractibus qui nullam cum aliquo ex contractibus nominatis affinitatem habent, recurritur ad actionem De dolo; *quæ si ipsa deficiat, decernit Prætor actionem* In Factum. *Et hæc actio* Decretalis Prætoria In Factum, *omnium actionum, et quidem (ut notat Cujacius) ipsius actionis* De dolo, *subsidiaria est.*

III. *Actioni* Præscriptis Verbis *non solum locus est quum deficit actio civilis; sed et quum dubitatur an competat : puta, quia de natura contractus dubitatur, an is sit qui nomen et propriam actionem habeat. Hinc cum apud Veteres dubitaretur an de re soli posset Commodatum contrahi; Ulpianus ita respondit :*

Si gratuitam tibi habitationem dedero, an Commodati agere possim? Et Vivianus ait, posse. Sed est tutius Præscriptis Verbis agere. *l.* 17. Ulp. lia. 28. ad Ed.

Item quum competit quidem aliqua civilis actio, sed utra ignoratur; ad actionem Præscriptis Verbis *recurritur.* Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. *l.* 1. ¶ *fin.* Papin. lib. 8. quæst.

V. G. Domino mercium io magistrum navis, si sit incertum utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit (3) civilem actionem In Factum esse dandam Labeo scribit. *d. l.* 1. § 1.

IV. *Vidimus in summa quando actionibus* Præscriptis Verbis *locus sit. Ut autem ea res innotescat, et variis illustretur exemplis;* In hac quæstione, totius Ob rem dati tractatus inspici potest; qui in his competit speciebus : Aut enim do tibi, ut des; aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias. In quibus quæritur quæ obligatio nascatur. *l.* 5. ¶ *in hac* Paul. lib. 5. quæst.

§ 1. *De contractibus* Do ut des.

V. Et, si quidem pecuoiam dem ut rem accipiam; emptio et venditio est. Sin autem rem do, ut rem accipiam; quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium nou est nasci civilem (4) obligatiooem. In qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi qoanti interest mea illud de quo conveoit accipere; vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est quasi Ob rem datum re uon secuta. *d. l.* 5. § 1.

Non tamen dabitur mihi actio in id quod interest, si res quam mihi vicissim dari convenit; sine culpa tua perierit. Igitur : Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares; periculo meo Stichus erit (5); ac tu duutaxat culpam præstare debes. *d.* § 1.

VI. *Est quidem emptio-venditio quum pecuniam do, ut rem accipiam : scilicet quum hoc tantum inter nos actum est ut obligeris ad præstandum mihi rem habere licere. Quod si dedi pecuniam ut res mihi daretur, id est, ut dominium in me transferretur; hoc a natura contractus emptionis-venditionis exorbitat : et est contractus innominatus.*

Unde Celsus : Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus, pro portione (6) emptionis et venditionis est? An nulla alia hic obligatio est, quam Ob rem dati re non secuta? In quod proclivior (7) sum. Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum (8) quod

(1) Ideo Præscriptis Verbis actiones forsan fuerunt appellatæ; quod cum nullam propriam formulam in Albo Prætoris haberent, erant a Jurisconsulto concipiendæ, et *Verbis* ab eo *Præscriptis* edendæ. Brisson. *de Formul.* lib. 54.

(2) *Incerta actio* dicitur, quæ certum ac proprium nomen, certam ac propriam formulam non habet.

(3) Adeoque dubitatur an agendum sit actione *Locati*, an vero actione *Conducti*.

(4) Id est, obligationem ex qua actio descendat : non quidem actio *Empti*, cum placeat *Permutationem non esse emptionem;* sed actio Præscriptis Verbis : *In qua actione, etc.*

(5) Hoc sensu, ut eo mortuo non possim agere *Præscriptis Verbis* ad consequendam ejus æstimationem. Cæterum competit mihi Condictio scyphorum quos dedi; ut puta, re propter quam dedi non secuta : ut constat ex l. 16. ff. *de Condict. caus. dat.* modo infra N. seq.

(6) Id est, an est portio seu species emptionis-venditionis?

(7) Quare? Rationem attulimus quam Cujacius affert; scilicet quia in hoc negotio actum est non solum ut præstares mihi licere habere Stichum, sed præcise ut eum mihi *Dares;* id est, ut ejus dominium in me transferres : quæ obligatio exorbitat a contractu emptionis-venditionis. Alii alias rationes afferunt.

(8) Secus obtineret, si emptio-venditio esset; ut constat ex his quæ vid. lib. præced. Tit. *de Peric. et comm. rei vend.*

ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum. sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero (1), quia hominem accipientis non feceris. Et rursus si tuus est Stichus, et pro ejus evictione promittere non vis; non liberaberis quominus a te pecuniam repetere possim. *l.* 16. *ff. de Condict. caus. dat.* CELSUS LIB. 3. DIGEST.

VII. *Est species in qua res datur ut pecunia recipiatur, non simpliciter; sed nisi malit qui rem accepit, eum rem reddere: ut contingit in Æstimato, de quo Tit. præced.*

Vice versa, interdum res datur ut pecunia recipiatur; nisi malit qui rem dedit, rem quam dedit recipere: ut in specie sequenti. Ex hoc autem negotio datur etiam actio Præscriptis Verbis, *cum ad contractum emptionis aliquatenus accedat.*

Hanc speciem ita refert Papinianus. Si dominus servum, cum furti argueretur, quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset; et is non redderetur; eo nomine civiliter agi posse: licet aliquo casu servum retenturus esset qui traditum accepisset. Potest enim retinere servum, sive dominus pro eo pecuniam elegisset, sive in admisso deprehensus fuisset: tunc enim et datam æstimationem reddi a domino oportere. Sed quæsitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset? Dixi, Tametsi quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset; si tamen lex contractus non lateret; PRÆSCRIPTIS VERBIS Incerti et hic agi posse: nec videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari (2) probaretur. *l.* 8. PAPIN. LIB. 27. QUÆST.

VIII. *Jam si pecunia detur, ut detur non res, sed rei usus; locatio est. Si vero datur rei usus, ut alterius rei usus detur; contractus est, qui ad commodatum aut etiam ad locationem accedit: adeoque ad* Præscriptis Verbis *actionem recurrendum est.*

V. G. Si cum unum bovem haberem, et vicinus unum? placuerit inter nos, per denos dies ego ei, et ille mihi bovem commodaremus ut opus faceret; et apud alterum bos periit: Commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum Præscriptis Verbis agendum est. *l.* 17. § 3. ULPIAN. LIB. 28. AD EDICT.

Non dissimilis hæc species de qua Marcianus ita respondit. Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet; posse eum Præscriptis Verbis agere, sicuti si penulas dedisset ut tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium; quod, si per errorem operæ indebitæ datæ sunt, ipsæ repeti non possunt (3). Nam aliud dando ut aliud reddatur, obligari Jure Gentium (4) possumus: quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantumdem ex eodem genere: quorum neutro modo operæ repeti possunt. *l.* 25. MARCIAN. LIB. 3. REGUL.

IX. *Est contractus in quo pecunia datur ut pecunia vicissim detur; scilicet contractus* Mutui.

Ad hunc Mutui contractum necnon ad Mandatum accedit species sequens; nec tamen aut mutuum aut mandatum est. Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem. Ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam ut pretio utereris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam; tutius est ita agere ut Labeo ait, Præscriptis Verbis: quasi negotio quodam inter nos gesto proprii (5) contractus. *l.* 19. ULP. LIB. 31. AD ED.

Aliam speciem refert Africanus quæ nec mutuum nec mandatum est; quamvis ad utrumque contractum accedat. Titius Sempronio triginta dedit; pactique sunt ut ex reditu ejus pecuniæ, tributum quod Titius pendere deberet, Sempronius præstaret computatis usuris semissibus; quantoque minus tributorum nomine præstitum foret quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius præstitum esset, id ex sorte decederet; aut si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio præstaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat; id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset quam tributorum nomine præstitisset; qua actione ab eo consequi possit? Respondit, Pecuniæ quidem creditæ usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum ne non tam fenerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum; nisi (6) quod ultra

(1) Etiam antequam evincatur. Secus in emptione-venditione; ex qua actio non datur, nisi jam evictio contigerit; aut dolo venditoris res vendita sit tanquam propria, quæ erat aliena.

(2) Nudum pactum est, quod intra meros placiti fines stetit. Non est autem nudum, quoties aliquid secutum est; nimirum rei traditio certa lege facta.

(3) Qua enim actione repeterentur? Nam non potest in hoc casu competere *Condictio Indebiti* aut *Condictio Ob rem dati re non secuta.* His enim actionibus petitur ut IDEM QUOD DATUM EST reddatur. Patet autem operas quæ exhibitæ sunt, non posse reddi; nec videri potest IDEM REDDI, si operæ alterius hominis edantur, cum operæ diversorum hominum sint res planæ diversæ. Ad hanc objectionem Jurisconsultus respondet, fatendo non posse esse locum Condictioni; sed ait fore locum alteri actioni, ad consequendum id de quo ut vicissim daretur convenit.

(4) Et hac in re Jus Civile confirmat Jus Gentium, dando ex hac causa actionem *Præscriptis Verbis.*

(5) Nec enim est Mutuum; cum mutaveris consilium, nolueris que pecuniam accipere mutuam: nec est Mandatum; cum non animo mandandi, sed credendi, dederim tibi rem vendendam.

(6) Id est, *Nisi* obstaret hæc clausula *Quod ultra semissem, etc.* Sensus est: Et quidem videri posset esse Mandatum, nisi ea lex hujus contractus esset, ut quod ultra semisses usuras consecutus esset Sempronius, hoc sibi haberet: quæ lex refragatur naturæ Mandati quod debet esse gratuitum. Ergo hæc species, non est Mandatum.

semissem consecuturus esset. Sed nec ipsius quidem sortis petitionem pecuniæ creditæ fuisse; quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine præstare debuisse (1). Quare tutius esse, Præscriptis Verbis IN FACTUM actionem dari; præsertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius præstitum esset quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum, jus et causam pecuniæ creditæ excedat (2). *l.* 24. AFRIC. LIB. 8. QUÆST.

X. *Denique sunt contractus in quibus datur res utenda aliave de causa habenda; non ut aliquid aliud detur, sed ea duntaxat lege ut, postquam impleta fuerit causa propter quam datur, eadem in specie reddatur. Et quidam ex illis contractibus nomen et propriam actionem habent a Jure Civili; scilicet Commodatum quo res utenda datur, Depositum quo meræ custodiæ causa datur, Pignus quo res ad indemnitatem debiti servanda datur. Cum autem ex infinitis causis res sic possit dari, hic exurgunt infinitæ contractuum innominatorum species. In quibus, pariter, si ad aliquem civilem contractum accedunt, ad actionem* Præscriptis Verbis *recurritur.*

Tales sunt species sequentes quæ ad Depositum accedunt, non tamen depositum sunt.

Prima est. Si (3) quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori: Præscriptis Verbis actio (4) in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio; qui Condici et Furti agi ex hac causa putat. Quemadmodum enim, rei nomine cujus neque possessionem neque dominium victor habuit, aget Furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit. *l.* 17. § *fin.* ULP. LIB. 28. AD EDICT.

Altera est. Si apud te pecuniam deposuerim, ut dares Titio si fugitivum meum reduxisset; nec dederis quia non reduxit: si pecuniam mihi non reddas, melius est Præscriptis Verbis agere. Non enim ambo (5) pecuniam ego et fugitivarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum. *l.* 18. ULP. LIB. 30. AD ED.

XI. *Sequentes species ad Commodatum magis accedunt, non tamen commodatum sunt; cum non utenda, sed inspicienda res detur. Unde et ad actionem* In factum *seu* PRÆSCRIPTIS VERBIS *recurretur.*

Prima est. Duo secundum Tiberim quum ambularent, alter eorum ei qui secum ambulabat rogatus annulum ostendit ut respiceret: illi excidit annulus, et in Tiberim devolutus est. Respondit, Posse agi cum eo In Factum actione. *l.* 23. ALFEN. LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOM.

Altera est. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat neque Depositum neque Commodatum erit. Sed non exhibita fide, IN FACTUM civilis subjicitur actio. *l.* 1. § 2. PAPIN. LIB. 8. QUÆST.

XII. *Quæ autem culpa præstetur in eo contractu quo res alicui inspicienda datur, ita docet Ulpianus.* Si rem inspectori dedi; an similis sit ei cui commodata res est, quæritur; Et, si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere; dolum mihi tantum præstabit; si sui, et custodiam; et ideo (6) Furti habebit actionem. Sed et si, dum refertur, periit; si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, æque mihi culpam præstabit, si sui causa accepit (*l.* 10. § 1. *ff. Commodati.* ULP. LIB. 29. AD SABIN.); qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit (*l.* 11. *d. tit.* PAUL. LIB. 5. AD SABIN.): Si mei causa, dolum tantum. *l.* 12. *ff. d. tit.* ULP. LIB. 29. AD SABIN.

Consonat quod ait idem Ulpianus: Si cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, et cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti; et sine dolo malo et culpa tua perierit; vascularii esse detrimentum: quia ejus quoque causa sit missum. Certe culpam eorum quibus custodiendum perferendumve dederis, præstare oportere Labeo ait. Et puto, Præscriptis Verbis actionem in hoc competere. *l.* 20. § 2. ULP. LIB. 32. AD ED.

Item Si quum mihi vestimenta venderes, rogavero ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem; mox hæc perierint vi ignis aut alia vi majore; periculum me minime præstaturum. Ex quo apparet, utique custodiam ad me pertinere. *l.* 17. § 4. IBID. LIB. 28.

Denique Papinianus libro 8 Quæstionum scripsit: Si rem tibi inspiciendam dedi, et dicas te perdidisse; ita demum mihi Præscriptis Verbis actio competit, si ignorem ubi sit. Nam si mihi liqueat apud te esse, Furti agere possum, vel Condicere, vel Ad exhibendum agere. Secundum hæc; si cui

(1) Unde evidenter sequitur hoc negotium non esse Mutuum, cum natura mutui sit ut pecunia sit periculo accipientis.

(2) Nam [ut notat Cujacius] hæc est Mutui natura, ut tantumdem reddatur quantum datum est. Verum in hac specie interdum minus, interdum nihil redditur; scilicet si tributum, aliquid ex sorte delibarit, aut etiam sortem exhauserit.

(3) Hæc species legis: Duo fecerunt sponsionem [*une Gageure*]; et uterque annulum tradidit tertiæ personæ, ea lege ut ambos annulos victori redderet.

(4) Non vero actio *Depositi.* Nec enim proprie depositum hæc species continet; cum non meræ custodiæ causa annuli traditi sint, sed ut darentur victori. Præterea victor; cum suum annulum duntaxat deposuerit; non posset agere *Depositi* ad consequendum annulum ejus qui victus est.

(5) Non est hæc species Depositum sequestrationis, cujus natura est ut ambo deponant rem de cujus possessione contendunt. Nec etiam est Depositum simplex, cum res non sit tradita custodiæ causa, sed ut fugitivario daretur.

(6) Qui custodiam alicujus rei præstat, habet *Furti* actionem si ei surrepta sit; quia, cum sit ejus periculo, ejus interest non esse surreptam: porro actio *Furti* datur ei cujus interest, ut videb. Tit. *de Furtis,* infra lib. 47.

inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utrinsque; et dolum et culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem, periculum, non : si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum; quia prope depositum hoc accedit. *d. l.* 17. § 2.

XIII. *Est etiam contractus innominatus, quum res venalis al cui experienda datur.*

Talis est sequens species de qua Apud Labeonem quæritur; Si tibi equos venales experiendos dedero, ut si in triduo displicuissent redderes; tuque desultor (1) in his cucurreris, et viceris; deinde emere nolueris : an sit adversus te Ex vendito actio? Et puto verius esse, Præscriptis Verbis agendum (2). Nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares. *l.* 20. ULP. LIB. 32. AD ED.

In hoc contractu, Si quem quæstum fecit is qui experiendum quid acceperit; veloti si jumenta fuerint, eaque locata sint; id ipsum præstabit ei qui experiendum dedit. Neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquam periculo ejus sit. *l.* 13. § 1. *ff. Commodati.* POMPON. LIB. 11. AD SABIN.

Circa hanc speciem Item apud Melam quæritur : Si mulas tibi dedero ut experiaris; et, si placuissent, emeres; si displicuisset, ut in dies singulos aliquid præstares; deinde mulæ a grassatoribus fuerint ablatæ intra dies experimenti : quid esset præstandum, utrum pretium et merces, an merces tantum? Et ait Mela, Interesse utrum emptio jam erat contracta, ao futura; ut, si facta, pretium petatur; si futura, merces petatur. Sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere Ex vendito actionem; si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem (3) dari. *l.* 20. § 1. ULP. LIB. 32. AD ED.

XIV. *Supra dictæ species a commodato aut locato differunt, quod res non utenda sed alia de causa detur. Quod si utenda res quidem detur, sed non ea lege ut eadem in specie reddatur; contractus adhuc differt a commodato : et ad actionem* Præscriptis Verbis *erit recurrendum.*

Igitur Si tibi scyphos dedi ut eosdem mihi redderes, Commodati actio est : si, ut pondus argenti redderes quantum in illis esset; tantidem ponderis petitio est per actionem Præscriptis (4) Verbis : tam boni tamen argenti quam illi scyphi fuerunt. Sed si ut vel hos scyphos vel ejusdem ponderis argentum dares convenit, idem dicendum est. *l.* 26. POMPON. LIB. 21. AD SABIN.

Quod si res detur et utenda et in specie reddenda, sed non gratuito; non erit commodatum : et, si merces non in pecunia consistat, sed in aliqua utilitate; non erit locatio : ideoque ad actionem Præscriptis Verbis *adhuc erit recurrendum.*

Talis est sequens species de qua ita Ulpianus. Petenti mutuam pecuniam creditori, cum præ manu debitor non haberet, species auri dedit ut pignori (5) apud alium creditorem poneret. Si jam solutione liberatas receptasque eas is qui susceperat, tenet; exhibere jubendus est. Quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexæ videntur : sed, ut liberatæ tradantur, domino earum propria actio adversus suum creditorem competit. *l.* 27. *ff. de Pignerat. act.* ULP. LIB. 6. OPINION.

Explicitus est articulus ille Do UT DES. *l.* 5. § 1. *§ fin.* PAUL. LIB. 5. AD QUÆST.

§ 2. *De contractibus* Do ut facias.

Subdistinguendi sunt illi contractus in quatuor species. Aut enim illud factum quod locari solet, continent; et pecunia datur ut fiat : aut tale quidem factum continent, sed res, non pecunia datur, aut pecunia quidem datur, sed non tale est factum quod locari soleat; aut nec tale est factum, nec pecunia datur ut fiat, sed res.

XV. *De prima et secunda specie ita Paulus :* At quum do UT FACIAS, si tale sit factum quod locari soleat; puta ut tabulam pingas pecunia data, locatio erit sicut superiore casu (6) emptio : Si res (7); non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum Condictio (8). *d. l.* 5. § 2.

Secundum hanc speciem variis exemplis illustrabimus.

Primum exemplum affert Neratius. Insulam hoc modo ut aliam insulam reficeres, vendidi. Respondit, Nullam esse venditionem (9) : sed civili intentione INCERTI (10) agendum est. *l.* 6. NERATIUS LIB. 1. RESPONS.

(1) *Desultor* est proprie qui duos equos absque ephippiis agitans, ex altero in alterum mira pernicitate desiliebat. Ælian. lib. 20. *de Aciebus instruend.* Hic videtur intelligi qui equo in sacro certamine decurrit, victoriæ causa. Hinc tales equi, *desultorii* appellantur apud Sueton. in JULIO N. 39.

(2) Puta, si equum facit deteriorem.

(3) Scilicet *Præscriptis Verbis.*

(4) Non est Commodatum, cum non ea lex sit ut res eadem in specie reddatur. Nec est Mutuum; cum mutuum non consistat nisi in rebus fungibilibus : at hic datus est scyphus.

(5) Finge : Titius erat debitor Mævii; Mævius erat debitor Sempronii : Titius ut dilationem ad solvendum obtineat a Mævio, dat ei illas species auri in hunc usum ut Mævius eas pignori det Sempronio creditori suo. Non est Commodatum; quia gratuitus usus non conceditur : nec est Locatio, quia pretium quod accipit Titius, non est pecunia numerata; sed utilitas quæ in eo consistit ut dilationem habeat ad solvendum.

(6) De quo supra in contractibus Do UT DES § 1. N. 5. scilicet *si pecuniam dem ut rem accipiam.*

(7) *Si* non pecunia, sed alia *res* datur.

(8) *Ob rem dati re non secuta.*

(9) Nam sine pretio quod in pecunia numerata consistat venditio esse non potest : nec etiam est locatio insulæ reficiendæ, cum merces in pecunia non constituatur.

(10) Id est, actione *Præscriptis Verbis;* quasi ex novo et incerti nominis contractu.

Secundum exemplum est, in quo non res (ut in exemplo præcedenti) sed usus rei datur; ut is cui datur, aliquid facere teneatur.

Hoc ita refert Ulpianus. Si prædium pro te obligavero (1), deinde placuerit inter nos ut mihi fidejussorem præstares; nec facias: melius esse dico, Præscriptis Verbis agi, nisi merces intervenerit. Nam si intervenit, Ex locato esse actionem (2). *l.* 19. § 1. ULP. LIB. 31. AD ED.

Tertium exemplum. Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo, ita ut eum locum unde exemissem, replerem. Exemi, nec repleo. Quæsitum est quam habeas actionem? Sed certum est civilem actionem INCERTI competere.

Si autem vendidisti cretam; Ex vendito ages. *l.* 16. POMPON. LIB. 22. AD SABIN.

Obiter nota: Quod si post exemptionem cretæ replevero, nec patiaris me cretam tollere: tum agam Ad exhibendum; quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit. *d. l.* 16.

XVI. *Jam ad tertiam contractus speciem deveniendum: quum scilicet pecunia quidem datur, ut quid fiat; factum autem tale est, quod locari non possit. Adhuc ex illis contractibus nascitur actio* Præscriptis Verbis.

Unde Paulus: Quod si tale est factum quod locari non possit, puta ut servum manumittas: sive certum tempus adjectum est intra quod manumittatur; idque, quum potuisset manumitti, vivo servo transierit; sive finitum (3) non fuit, et tantum temporis consumptum sit ut potuerit debueritque manumitti: condici (4) ei potest, vel Præscriptis Verbis agi. Quod his quæ diximus (5) convenit. *l.* 5. § 2. ¶ *quod si tale.* PAUL. LIB. 5. QUÆST.

Similiter Papinianus: Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris; confestim agam Præscriptis Verbis ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam ut decem reddas. *l.* 7. PAPIN. LIB. 2. QUÆST.

XVII. *Superest quarta species: quum non pecunia, sed res datur; nec factum tale est quod locari possit. Paulus refert Julianum putasse, hoc casu actionem* Præscriptis Verbis *deficere; recurrendumque ad* IN FACTUM *Prætoriam.*

Ita enim Paulus: Si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti; et is quem dedi, evictus est: si sciens dedi, De dolo in me dandam actionem Julianus scribit; si ignorans, IN FACTUM [civilem (6)]. *sup. d. l.* 5. § 2. ¶ *sed si tibi.*

Hanc autem sententiam ita improbat Ulpianus. Puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: Dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est Stichus: Julianus scribit, IN FACTUM actionem a Prætore dandam (7). Ille (8) ait, Civilem incerti actionem, id est, Præscriptis Verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ dicit; unde hæc nascitur actio. *l.* 7. § 2. ¶ *et ideo ff. de Pactis.* ULP. LIB. 4. AD ED.

§ 3. *De contractibus* FACIO UT DES.

XVIII. *Ad nullum contractum civilem, hæc contractum species accedit.*

Igitur: Quod si faciam ut des; et, posteaquam feci, cessas dare; nulla erit civilis (9) actio: et ideo (10), De dolo dabitur. *l.* 5. § 3. PAUL. LIB. 5. QUÆST.

(1) Est aliquis rei meæ usus, ut pignori detur. Si ergo prædium meum pro te obligavero, usum prædii ejus tibi concedo.

(2) Est locatio quum pecuniam accipio ut prædium meum tibi dem utendum, ad hunc usum ut creditori tuo pignori sit. *Ex locato* igitur agam, et ad mercedem consequendam; et ut mihi fidejussorem de quo convenit exhibere tenearis, quod est quid mercedis accessorium. Quod si nulla merces constituta est, sed tantum de fidejussore mihi indemnitatis nomine dando convenit; nulla intelligi potest locatio, adeoque ad actionem *Præscriptis Verbis* recurrendum.

(3) Id est, definitum.

(4) Condictione *Ob rem dati.*

(5) Supra N. 15. ex eadem l. 5. § 2. *Vel Civilis actio, vel ad repetendum Condictio.*

(6) Liquet hanc vocem, *civilem*, expungendam esse; utpote glossema imperiti alicujus interpretis. Actio enim *In Factum* quam Julianus ait esse dandam, non est actio civilis; sed actio decretalis Prætoria, quæ in subsidium actionis *De dolo* datur: ut disertis verbis dicitur in textu sequenti.

(7) Hinc confirmatur præcedens Nota.

(8) Mauricianus scilicet.

(9) Nulli enim contractui nominato accedit; V. G. nec ipsi contractui Locationis operis faciendi. Nam contractus locationis operis faciendi, incipit a locatore qui dat aut dare promittit ut aliquid fiat: ergo est negotium *Do ut facias*, non vero *Facio ut des*; ut patebit ex exemplis quæ sequuntur: quæ enim in his similitudo Locationis-conductionis?

(10) Nec obstat lex 6. Cod. *de Transact.* ubi actio PRÆSCRIPTIS VERBIS competit matri quæ ita destitit a querela inofficiosi, ut certam bonorum partem acciperet. Nam in hac l. est contractus *Do ut facias*; non vero hic contractus [de quo agimus] *Facio ut des.* Fateor in executione conventionis præcessisse factum; matremque prius renuntiasse querelæ, quam sibi daretur id quod pro hujus renuntiationis pretio dari convenerat. Sed negotiorum natura inspicitur ab ipsorum initio; ab eo quod primum fuit in conventione, a qua negotium cœpit; non ab eo quod primum fuit in ejus executione. Porro in specie hujus legis hoc convenit, ut daretur certa pars bonorum matri, qua contenta renuntiaret querelæ. Initium igitur negotii cœpit a *Dando*; quamvis in executione prius mater destiterit a querela, quam ipsi daretur. Est igitur contractus *Do ut facias.*

Similiter respondetur ad l. 3. § 4. ff. *de Condict. caus. dat.* Contractus enim de quo ibi agitur, est pariter *Do ut facias*: negotium enim a dando incœperat, convenerat de danda pecunia, ut homo manumitteretur; quamvis in executione manumissio dationem præcessisset.

Hoc exemplis comprobatur.

Primum est, in quo quis serit fundum meum ea lege ut ipsi dem fructus. Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo, et fructus tollerem (1). Sevi, nec pateris me fructus tollere. Nullam Juris Civilis actionem esse, Aristo ait: an IN FACTUM dari debeat, deliberari posse. Sed erit De dolo. *l.* 16. § 1. POMPON. LIB. 22. AD SABIN.

Alterum exemplum refert Ulpianus. Solent qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur. Quæ res non facit eos fures. Solent etiam mercedem hujus rei accipere, et sic indicare. Nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet Condictionem. Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium; hoc est ut, si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur; videamus an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri; sed habet in se negotium (2) aliquod. Ergo civilis actio oriri potest, id est, Præscriptis Verbis. Nisi (3) si quis et in hac specie, De dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur. *l.* 15. ULP. LIB. 42. AD SABIN.

XIX. *Observandum superest, ita ex contractu* FACIO UT DES *actionem dari; nisi illud factum esset in quo aliqua turpitudo versaretur.*

Hinc in specie sequenti Scævola. Seia cum salarium constituere vellet, ita epistolam emisit: « Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es qui semper fuisti; » ex continenti acceptis litteris meis, distracta » re tua veni. Hoc tibi quandiu vivam præstabo; » aunnos decem. Scio enim quia valde me bene » ames ». Quæro cum et rem suam distraxerit. L. Titius et ad eam profectus sit, et ex eo cum ea sit; an ei ex his epistolis salarium annuum debeatur? Respondit, Ex personis causi que (4), cum cujus notio sit æstimaturum an actio danda sit. *l. fin. § fin. ff. de Oblig. et act.* SCÆVOLA LIB. 28. DIGEST.

§ 4. *De contractibus* FACIO UT FACIAS.

XX. Sed si facio ut facias: hæc species, tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romæ; vel ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem, ego ædificavi et tu cessas: in priorem speciem, mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo (5) exigi pecunia alieno nomine non potest. Quamvis (6) enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus; et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Possum enim tibi mandare ut et custodiam (7) mihi præstes, et non plus impendas in exigendo (8) quam decem. Et (9), si eamdem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio (10) est: sin autem alter fecit (11); ut et hic mandatum intervenisse videatur; quasi refundamus invicem impensas; neque enim de re tua tibi mando. Sed (12) tutius erit, et in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis, Præscriptis Verbis dari actionem (13): quæ actio similis erit Mandati actioni; quemadmodum in superioribus casibus (14) locationi et emptioni. *l.* 5. § 4. PAUL. LIB. 5. QUÆST.

XXI. *His ita intellectis, talis fuit quæstio proposita:* Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi. Convenit inter nos, ut et tu meum

(1) Est contractus *Facio ut des.* Nam serendo, facio aliquid ea lege ut des mihi fructus.

(2) Intervenit enim aliquod factum, nimirum indicium fugitivi.

(3) Quod modo dixit dari actionem *Præscriptis verbis*, ita emendat: *Nisi si quis* verius dicat; non competere quidem actionem *Præscriptis verbis*, quia hæc species in qua fit ut detur, ad nullum civilem contractum accedit; sed competere actionem *De dolo*.

(4) Scilicet ut ita demum detur, si honesta fuerit causa cur ad illum proficisceretur: quod ex circumstantiis, et ex qualitate personarum æstimabitur.

(5) Eo magis necesse est ut dicamus intervenisse mandatum, quod alioquin non posses exigere a meo debitore, nec ego a tuo. Nam sine mandato, exigi pecunia alieno nomine non potest.

(6) Ratio cur hoc negotium posset videri non esse mandatum; hæc est; quia in hoc negotio, exactio fit sumptibus et impensis mandatarii: quod videtur exorbitare a natura Mandati. Hanc dubitandi rationem duabus rationibus confutat. Prima talis est: cum mutuum officium nobis invicem præstamus; sumptus quos in meum negotium feceris, pensabuntur cum his quos in tuum fecero; et sic mandatum non peragetur sumptibus mandatarii. Altera ratio hæc est: possunt mandato et cæteris contractibus addi pacta quæ exorbitent a regulis quæ vulgo in his contractibus observantur. Igitur quamvis ex pacto, ex lege dicta contractui, mandatum aliquatenus sumptibus mandatarii perageretur, nihilominus esset mandatum.

(7) Si mandata rei perferendæ, adjecta est lex ut etiam eam custodires; puta, si is ad quem perferenda est, nollet eam recipere: quamvis causa custodiæ magis in depositum quam in mandatum cadat, non ideo minus erit mandatum.

(8) Scilicet ut si plus impenderis, non repetas.

(9) Jam respondet ad propositam quæstionem.

(10) Nil enim fit contra regulas mandati, cum mandatarius suos sumptus per compensationem recipiat.

(11) Id est, quod si alter duntaxat executus est, alter cessavit; adhuc *nulla dubitatio est, ut et hic videatur* intercessisse mandatum, et hanc legem dictam præsumi oportere ut invicem refunderentur impensæ.

(12) Quamvis hæc species possint videri continere mandatum, tamen tollendæ dubitationis causa *tutius erit*, *etc.*

(13) Quæ datur quoties dubitari potest an *Directa* competat.

(14) Qui similes sunt Emptioni aut Locationi, dantur actiones ad instar actionum *Empti* aut *Locati*: supra § 1. et 2. N. 3. et 12.

manumitteres, et ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti. Qua actione tenearis mihi quæsitum est? *d. l.* 5.

Ad hanc quæstionem Jurisconsultus qui hujus occasione totum tractatum de contractibus innominatis supra exposuit; et tandem ex contractu FACIO UT FACIAS *actionem* Præscriptis Verbis *nasci mox docuit; ita respondet.*

Si ergo hæc sunt, ubi (1) de faciendo ab utroque convenit; et in proposita quæstione, idem dici potest.

[illegible] sequitur, ut ejus fiat condemnatio quanti interest mea servum habere quem manomisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest æstimari. *d. l.* 5. § 5.

Huc etiam referri potest sequens species Ob eam causam accepto liberatus ut nomen Titii debitoris delegaret; si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur (2), sed promissa (3) præstabitur; aut condemnatio sequetur. *l.* 9. PAPIN. LIB. 2. RESPONS.

§ 5. *Refertur species singularis quæ ex prima et secunda contractuum classe participat; in qua nimirum* DO, UT FACIAS *simul* ET DES.

XXII. Julianus libro 11 Digestorum scribit, Si tibi areæ meæ dominium dedero, ut insula ædificata partem mihi reddas; neque Emptionem esse, quia pretii loco partem rei meæ recipio; neque Mandatum, quia non est gratuitum; neque Societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit (4). Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum; ita ut si post certos annos vænisset, pretium inter nos communicaretur; abhorrere hæc ab area, eo quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur Pro Socio actio.

Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem esse quod in area dicturum; quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? IN FACTUM putat actionem Julianus dandam; id est, Præscriptis Verbis. Ergo, si quis areæ dominium non transtulerit, sed passus sit te sic ædificare ut communicaretur vel ipsa vel pretium: erit societas. Idemque, et si partis areæ dominium transtulerit, partis non; et eadem lege ædificare passus sit. *l.* 13. § 2. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

ARTICULUS II.

De actionibus In Factum *quæ ex aliis causis quam ex contractibus descendunt.*

XXIII. *Quemadmodum æquitas exigit ut in contractibus qui propriam Jure Civili constitutam actionem non habent, actiones suppleantur; ita etiam et in pluribus aliis causis æquum est hoc fieri.*

Unde Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones IN FACTUM desiderantur. Sed et eas actiones quæ Legibus proditæ sunt, si Lex justa ac necessaria sit, supplet Prætor in eo quod Legi deest: quod facit in Lege Aquilia; reddendo actiones IN FACTUM, accommodatas Legi Aquiliæ: idque utilitas ejus Legis exigit. *l.* 11. POMP. LIB. 39. AD Q. MUCIUM.

XXIV. *Et quidem si ea causa ex qua æquum est actionem dari, aliquam affinitatem habeat cum aliqua causa ex qua civilis actio propria sit; Prætor dat actionem* In Factum *civilem, ad instar actionis civilis quæ descendit ex illa causa cum qua affinitatem habet.*

Tales sunt duæ sequentes species; in quibus actio quidem Directa Legis Aquiliæ *cessat, quia reus non corpore suo damnum dedit; sed ad instar actionis* Legis Aquiliæ, *actio* IN FACTUM *civilis datur.*

Species Prima. Sed et si servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mortuus sit: de vestimentis quidem, FURTI agi poterit; de servo vero IN FACTUM (5) agendum, criminali pœna adversus eum servata. *l.* 14. § 1. ULP. LIB. 41. AD SABIN.

Species Secunda. Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem qua experiri possim. Nam neque ex Lege XII Tabularum DE PASTU PECORIS, quia non in tuo pascitur; neque DE PAUPERIE, neque DAMNI INJURIÆ agi posse. IN FACTUM (6) itaque erit agendum. *d. l.* 14. § 3.

XXV. *Quod si causa illa cum nulla ex causis ex quibus Jure Civili proditæ sunt actiones, affinitatem habet; deveniendum erit ad actionem* IN FACTUM *Prætoriam.*

Talis est sequens species. Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit;

(1) Id est, si actio *Præscriptis Verbis* locum habet, ubi inter utrumque versatur hic contractus FACIO UT FACIAS.

(2) Quæ per accepti liberationem extincta est.

(3) *Obligatio promissa*, pro *promissis*; id est, tenebitur præstare quod promisit et debitorem suum delegare. Ita scilicet si agatur actione quæ ex hoc contractu innominato descendit. Cæterum potest, si malit, agendo *Condictione causa data* condicere debitum quod accepto tulit: ut vid. supra lib. 12. Tit. *de Condict. causa dat.*

(4) In solidum, sed duntaxat pro parte quam confert.

(5) Non actione *Legis Aquiliæ* directa; quia qui servum spoliavit, non ipse illum occidit; sed frigus illum occidit: non corpore suo damnum dedit. Vid. supra lib. 9. Tit. *ad Leg. Aquil.*

(6) Actione *In Factum* civili, ad instar actionis *Legis Aquiliæ*. Fingendum in hac specie sine dolo malo me pecus immisisse, sed culpam duntaxat mihi posse objici. Nam si dolo immisissem, legitima actio adversus me competeret; scilicet actio *Ad exhibendum*: supra lib. 10. d. tit. *Ad exhib.* N. 14.

nulla tenetur actione (1). Sed si sine causa id fecisset (2), IN FACTUM (3) : si dolo, de dolo tenetur. *l.* 14. ULP. LIB. 41. AD SABIN.

Similis videtur hæc species. Sed et si calicem argenteum quis alienum, in profundum abjecerit damni dandi causa, non lucri faciendi : Pomponius libro 17 ad Sabinum scripsit, neque Furti, neque Damni (4) injuriæ actionem esse : IN FACTUM tamen agendum. *d. l.* 14. § 2.

Similiter in sequenti specie, ad actionem In Factum *Prætoriam recurritur.*

Hanc ita refert Marcellus. Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit; mox solvit : et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris (5) servum vendidit. An aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit (6) ad id quod deest persequendum? Quid si eum interfecisset, aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, Ad exhibendum tenetur : ubi autem eluscasset, quasi Damni injuriæ dabimus actionem (7); ad quantum interest quod, debilitando aut vinciendo, persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat : non existimo indignam rem animadversione et auxilio Prætoris. Ulpianus notat : Si, ut creditori noceret; vinxit; tenebitur : si misericordia, non tenebitur, *l.* 27. *ff. de Pign. et hypoth.* MARCELL. LIB. 5. DIGEST.

Talis est etiam sequens species. Mulieri testator quidam Partis tertiæ usumfructum legavit. Heredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt. Et pecuniam quæ ex æstimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi causa; et per ignorantiam stipulatio (8) prætermissa est. Quæro an, ab herede mulieris, pecunia quæ fruendi causa data est, repeti possit; et qua actione? Respondi, IN FACTUM actionem dari debere. *l.* 10. JAVOL. LIB. 13. EPIST.

(1) Si justa causa fuit cur projicerentur : puta, urgebat tempestas, et hæ merces graviores erant; puta plumbum. Cæterum jactura in commune sarcietur ex Lege Rhodia supra lib. 14. tit. 2. Itaque *nulla tenetur actione* ob hoc quod alienas merces eo casu projecerit : verum tenetur ob servatas ex hoc jactu proprias merces.

(2) Quia perperam timuit; nec adeo valida erat tempestas ut jactu mercium navem levari oportuerit.

(3) Non *Aquiliæ;* quia forte corruptæ non sunt merces : non actio *De dolo,* quia dolo non fecit qui timebat tempestatem, quamvis perperam timeret : sed actio *In Factum;* quia non æquum est ut ex vana ejus timiditate, dominus mercium damnum sentiat.

(4) Non enim corruptus est calix : manet integer et illæsus in profundo.

(5) Servi qui vincti fuerant, minoris æstimabantur.

(6) Puta, tempore finita est.

(7) *Utilem :* nam *Directa* soli domino competit.

(8) Scilicet stipulatio *Rem finito usufructu reddi.*

FINIS TERTIÆ PARTIS DIGESTORUM.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS QUARTA.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS I.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS; ET QUALITER EA CONTRAHANTUR; ET DE PACTIS EORUM.

Expositis *plerisque contractibus, transeundum duxerunt Pandectarum ordinatores ad quædam accessoria contractuum. Quapropter in hoc libro, tractationem instituunt* de Pignoribus et Hypothecis.

I. Pignus *est jus creditori in re constitutum, quo licet ei illam possidere in securitatem debiti; camque distrahere, ut ex pretio debitum consequatur.*

Pignus etiam pro ipsa re Pignoris jure obligata accipitur. Imo et unde Pignus appellatum a pugno; quia res quæ Pignori dantur, manu traduntur. Unde etiam videri potest verum esse quod quidam (1) putant, Pignus proprie rei mobilis constitui. *l.* 238. § 2. *ff. de Verb. signif.* Gaius lib. 6. ad L. XII. Tab.

Cum autem Prætor admiserit ut jus quod ex pignore nascitur, etiam citra traditionem, et tam in re soli quam in re mobili constitui possit; inventum est nomen Hypothecæ.

Et in hoc distant Pignus et Hypotheca; quod Proprie Pignus dicimus quod ad creditorem transit; Hypothecam, quum non transit nec possessio ad creditorem. *l.* 9. § 2. *ff. de Pigner. act.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

Quanquam etiam et Hypotheca *appellatur aliquando Pignus; cum eamdem ac Pignus creditori actionem tribuat.*

Hinc Marcianus: Inter Pignus autem et Hypothecam, tantum nominis sonus differt. *l.* 5. § 1. lib. singul. ad formulam Hypothecariam.

II. *Triplex Pignoris species.*

Prætorium, *quod constituitur ex quacumque causa Magistratus mittit in possessionem: de qua specie videb. infra lib.* 42. *Tit.* 4.

Judiciale, *quod in executione rei judicatæ ab executoribus litium capitur: de qua specie, d. lib.* 42. *Tit.* 1.

Conventionale, *quod ex conventione partium constituitur.*

Addi potest et quarta species. Nam Testamento quoque Pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit (2). *l.* 26. *ff. de Pign. act.* Ulp. lib. 3. disput.

De Pignore Conventionali *potissimum, in hoc Titulo et sequentibus agitur.*

Quæ de hac Pignoris specie in hoc Titulo continentur, in quatuor Sectiones distribuam. Prima erit de his quæ ad ejus substantiam pertinent; In 2.ª Sectione varia recensebuntur pacta quæ circa Pignora admittuntur aut reprobantur; 3.° Exponet quale sit jus quod Pignus creditori tribuit; 4.° Aget de actione Hypothecaria, *quæ ad hujus juris persecutionem competit.*

SECTIO I.

De his quæ ad substantiam Pignoris pertinent.

Ad substantiam Pignoris, illæ Quæstiones pertinent: 1.° Quomodo Pignus contrahatur; 2.° Pro qua obligatione possit contrahi; 3.° Quis Pignori dare; et 4.° Cui Pignus constitui possit; 5.° Quæ res Pignori dari possint. Sed hæc ultima quæstio proprio Titulo infra tractabitur.

(1) Proculeiani scilicet; qui in decisionibus suis, verborum etymologiis niti solebant: ut in Præfatione nostra observavimus.

(2) Ex Constitutione Justiniani, jam non est necesse ut testator eis quibus aliquid reliquit, Pignus in rebus suis testamento constituat; cum omnibus legatariis et fideicommissariis tacitam dederit Hypothecam. l. 1. Cod. *Comm. de legat.*

ARTICULUS I.

Quomodo contrahatur Pignus.

III. Pignus (1) contrahitur non sola traditione; sed etiam nuda (2) conventione, etsi non traditum est. *l.* 1. *ff. de Pignerat. act.* ULP. LIB. 40. AD SABIN.

Pariter Gaius : Contrahitur Hypotheca per pactum conventum; quum quis paciscatur ut res ejus propter aliquam obligationem sint Hypothecæ nomine obligatæ. *l.* 4. GAIUS LIB. SING. DE FORMULA HYPOTHECARIA.

IV. *Cum solo consensu etiam citra traditionem constituatur Pignus : hinc in re de qua convenit, valebit; quamvis per errorem res diversa tradita sit.*

Si igitur contractum sit Pignus nuda conventione : videamus an si quis aurum ostenderit quasi Pignori daturus, et æs dederit, obligaverit aurum pignori? Et consequens est ut aurum obligetur, non autem æs : quia in hoc non consenserit. *l.* 1. § 1. *ff. de Pignerat. act.* ULP. LIB. 40. AD SABIN.

Si quis tamen quum æs pignori daret, affirmavit hoc aurum esse; et ita pignori dederit : videndum erit an æs Pignori obligaverit; et numquid, quia in corpus consensum est, Pignori esse videatur? Quod magis est (3). Teuebitur tamen Pigneratitia contraria actione (4) qui dedit; præter (5) stellionatum quem fecit. *d. l.* 1. § 2.

V. *Cum nuda conventio ad Pignus constituendum sufficiat; hinc etiam sequitur quod* Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis : sicuti est et in his obligationibus quæ consensu contrahuntur. *l.* 4. ¶ *nec ad rem.* GAIUS. LIB. SINGUL. DE FORMULA HYPOTHECARIA.

Sed et sine verbis omnino, recte Pignus contrahetur. Unde Pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu (6) obligatur. *l.* 23. § 1. MODESTIN. LIB. 3. REG. *Puta per epistolam; nec attenditur an signata fuerit, nec an dies et consul fuerit adjectus.*

Hinc quidam a Scævola Quæsiit, cum epistola talis emissa sit : ΔΑΝΕΙΣΑΜΕΝΟΣ, *etc.* [id est] « *MUTUATUS* abs te quingentos denarios, rogavi ne » sponsorem sed Pignus a me acciperes. Exacte » enim et pro certo nosti nemini alii tabernam » servosque meos, quam tibi, esse obligatos; et » quod tanquam honesto viro fidem habueris » : an Pignus contractum sit? An vero ea epistola nullius momenti sit, cum sine die et Consule sit? Respondit, Cum convenisse de Pignoribus videatur, non idcirco obligationem Pignorum cessare quod dies et Consules additi, vel tabulæ signatæ non sint. *l.* 34. § 1. SCÆVOLA. LIB. 27. DIGEST.

VI. *Diximus solo consensu Pignus contrahi.*

Et ideo et sine scriptura, si convenit ut Hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturæ; ut quod actum est, per eas facilius probari possit : et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem. Sicut et nuptiæ sunt, licet testationes, in scriptis habitæ non sunt. *l.* 4. GAIUS LIB. SINGUL. DE FORMUL. HYPOTHECARIA.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si uxor tua pro pecunia quam accepit mutuo, res proprias obligavit Pignori; eique tu successisti : licet instrumento ejus facti testimonium collatum non sit, soluto tamen debito, creditorem de his tibi reddendis solemni Jure convenies. *l.* 12. *Cod. h. t.*

Non necesse est etiam ut partes expresserint quæ res Pignori subjiceretur; modo constet de qua cogitarent.

Hinc Severus et Antoninus : Cum constet Pignus consensu contrahi, non dubitamus eum qui emptiones (7) agrorum suorum Pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *l.* 2. *Cod. Quæ res Pignor.*

ARTICULUS II.

Pro qua obligatione Pignus contrahi et quando possit.

VII. Res Hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione; sive mutua pecunia detur, sive dos; sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum.

Et sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione.

Et sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat. Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt.

Sed et non solvendæ *solum* omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte ejus.

(1) *Pignus* hic accipitur, non pro contractu Pignoris de quo actum est supra lib. 13. Tit. *de Pignerat. act.* Ad hunc contractum necessaria est traditio : est enim ex his contractibus qui *Re* contrahuntur. Verum hic pignus accipitur pro jure quod creditori constituitur in re. Hoc autem jus solo consensu constitui posse Prætor admisit.

(2) Duplicem contrahendi Pignoris modum proponit; per traditionem, qui modus proprie dicitur *Pignus;* et per nudam conventionem, qui modus proprie dicitur *Hypotheca.* Erat et tertius modus, *Fiducia;* de quo vid. Append. ad Tit. *de Pignerat. act.* Hos tres modos distinguit Isidorus lib. 5. *Origin.* cap. 25.

(3) Atqui in contractu emptionis, error circa rei materiam vitiat contractum : ut vid. supra lib. 18. Tit. *de Contrah. empt.* Disparitas est quod emptor cui æs pro auro venditur, non vult emere æs : at creditor cui æs pro auro Pignori constituitur, intelligitur malle etiam æs habere pignori quam nihil.

(4) Cum enim sit bonæ fidei, præstatur in ea dolus malus.

(5) Præter stellionatus accusationem cui obnoxius est.

(6) Recte D. Noodt observat pro *ex contractu*, reponendum *ex conventione.*

(7) Id est, instrumenta emptionum.

Et vel pro civili obligatione, vel Honoraria, vel tantum naturali. *l.* 5. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMULAM HYPOTHECAR.

VIII. *Circa obligationem conditionalem, nota quod statim subjicitur :* Sed in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit. *d. l.* 5.

Circa naturalem autem; generaliter Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat. *l.* 14. § 1. ULPIAN. LIB. 73. AD EDICT.

Sed ad Pignus constitui poterit pro ea obligatione naturali quam Jus Civile improbare videtur; quales sunt, obligatio mulieris contra Senatusconsultum intercedentis, et filiifamilias mutuam pecuniam accipientis? Ea de re ita Gaius : Si alius pro muliere quæ intercessit, dederit Hypothecam; aut pro filiofamilias cui contra Senatusconsultum creditum est; an his succurritur, quæritur? Et in eo quidem qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur succurri ei; sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt quæ tractantur et in fidejussore (1) ejus. *l.* 2. *ff. Quæ res Pignor.* GAIUS LIB. SINGUL. DE FORMULA HYPOTHECARIA.

IX. Non tantum autem ob pecuniam; sed et ob aliam causam pignus dari potest: veluti si quis Pignus alicui dederit, ut (2) pro se fidejubeat. *l.* 9. § 1. *ff. de Pignerat. act.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Denique Dare quis Hypothecam potest, sive pro sua obligatione sive pro aliena. *sup. d. l.* 5. § 2.

X. *Illud patet quod, si nulla obligatio subsit, Pignus non consistit.*

Hinc Alexander : Si (ut nunc asseveras) nihil creditor numeravit uxori tuæ quæ Pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem; mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari ejus res non potest. *l.* 2. *Cod. Si Pignoris conventionem, etc.*

Hoc igitur casu debitor rem quam pignori dedit, vindicabit. Hinc Severus et Antoninus : Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam asseris, et Pignus datum probaturus es; In rem experiri potes. Nam intentio dati Pignoris neque redditæ pecuniæ, non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur; si, te possidente Pignus, adversarius tuus agere cœperit. *l.* 1. *Cod. d. tit.*

ARTICULUS III.

Quis Pignus dare possit.

§ 1. *An et quo tempore dominus esse debeat, qui rem dat Pignori.*

XI. *Rem Pignori dare potest is ad quem ea res pertinet. Sed* Verbum illud PERTINERE, latissime patet : nam et eis rebus petendis aptum est, quæ dominii nostri sint; et eis quas jure aliquo possideamus (3), quamvis non sint nostri dominii. PERTINERE ad nos etiam ea dicimus quæ in nulla eorum causa sint, sed esse possint (4). *l.* 181. *ff. de Verb. signif.* POMPON. LIB. 35. AD SABIN.

Quinetiam Si ab eo qui Publiciana (5) uti potuit, quia dominium non habuit, Pignori accepi; sic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam (6). *l.* 18. PAUL. LIB. 19. AD ED.

Maxime autem hoc Pignus tuebitur, adversus ipsum qui illud constituit. Hinc Si debitor servum quem a non domino bona fide emerat, et pigneravit, teneat; Servianæ locus est. Et si adversus eum agat creditor, Doli replicatione exceptionem (7) elidet. Et ita Julianus ait : et habet rationem. *l.* 21. § 1. ULP. LIB. 73. AD ED.

Hi quidem ad quos res pertinet, eam obligare possunt; sed ita et quatenus de rebus suis disponendi facultatem habent. Hinc Pupillus sine tutoris auctoritate Hypothecam dare non potest. *l.* 1. *ff. Quæ res Pignori.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHECAR.

XII. *Jam observandum est, an ad aliquem res pertineat eo tempore inspici quo Pignori datur.*

Quod si pro futura obligatione Pignus datum fuerit; eo tempore inspicietur quo contracta fuerit obligatio, cum non prius intelligatur contractum Pignus.

Hoc docet Paulus. Ita ille : Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Mævio, cavit ei; et quasdam res Hypothecæ nomine dare destinavit. Deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quæsitum est, an et prius res venditæ creditori tenerentur? Respondit, Cum

(1) Scilicet ut datur ei exceptio, si regressum habeat adversus filiumfamilias. Illud autem multo facilius dicetur in fidejussore mulieris; si quidem exceptio Velleiani in favorem mulieris datur, quam exceptio Macedoniani non tam in favorem filiorumfamilias sit quam in odium creditorum.

(2) Pignus eo casu datur pro obligatione *Mandati* contraria, quam contraxit erga illum qui pro ipso fidejubet.

(3) Puta, Emphyteusis, superficiei, ususfructus, etc. ut in decursu videre erit.

(4) Id est, in quibus nondum ullum jus habemus, sed habituri sumus : quod alii intelligunt de rebus quæ nobis debentur, ad quas consequendas actionem habemus (nam et eas quatenus ad nos pertinent, id est, actionem quam ad eas habemus, Pignori dare possumus); alii, ut Cujacius, intelligunt de rebus futuris.

(5) Hanc actionem dari vidimus bonæ fidei possessori; si, antequam rem usuceperit, hujus possessione exeidat.

(6) Atqui adversus omnes præter dominum, Prætor ei concedit agere In rem actione *Publiciana*; ergo pariter adversus omnes præter dominum, potero actione *Serviana* Pignus quod mihi constituit persequi.

(7) Hæc exceptio qua exciperet Pignus non fuisse jure constitutum, utpote a non domino, eliditur hac replicatione : *Dolo facis qui ita excipias, cum ipse Pignus constitueris.*

in potestate (1) fuerit debitoris post cautionem interpositam, pecuniam non accipere; eo tempore Pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est: et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratæ pecuniæ tempore habuerit. *l.* 4. *ff. Quæ res Pignori.* PAUL. LIB. 5. RESPONS.

Quum quis id quod futurum est, Pignori dat; oportet eo tempore quo contractum est, ad ipsum pertinuisse rem ex qua id nasci sperabatur. Ita enim Gaius: de futura re convenerit ut Hypothecæ sit, sicuti est de parto; hæc quæritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris. Et in fructibus, si convenit ut sint Pignori; æque quæritur an fundus, vel jus utendi-fruendi, conventionis tempore fuerit debitoris. *l.* 11. § 3. *ff. Qui potiores.* GAIUS LIB. SING. DE FORMULA HYPOTHECARIA.

XIII. *Regula quam statuimus, inspici eo tempore quo quis rem Pignori dat; an ad ipsum pertineat: exceptionem patitur, si eam det Pignori in eum casum quo ipsius futura sit.*

Enimvero Aliena res utiliter potest obligari, sub conditione si debitoris facta fuerit. *l.* 16. § 7. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMULAM HYPOTHECAR.

Sed et quum pure contrahitur; ita demum necesse est rem ipso tempore quo Pignus contrahitur, pertinere ad eum qui Pignori dat, si speciale Pignus contrahatur.

Cæterum Conventio generalis in Pignore dando, bonorum vel postea quæsitorum recepta est. *l.* 1. PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

Hinc Quod dicitur; creditorem probare debere, quum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse; ad eam conventionem pertinet quæ specialiter facta est: non ad illam quæ quotidie inseri solet cautionibus; ut, specialiter rebus Hypothecæ nomine datis, cætera etiam bona teneantur debitoris, quæ nunc habet, et quæ postea acquisierit, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ. *l.* 15. § 1. GAIUS LIB. SINGUL. DE FORMULA HYPOTHECARIA.

XIV. *Vidimus eos ad quos res pertinet, eam Pignori dare posse. His adjungendi sunt qui jus habent ejus administrandæ. Hi enim possunt ex his causis quæ fines ipsorum administrationis non egrediuntur, eam rem Pignori dare.*

Hinc Si is qui bona Reipublicæ jure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiat; potest rem ejus obligare. *l.* 11. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHECAR.

Similiter: Sed si procurator meus vel tutor rem Pignori dederit, ipse agere Pigneratitia poterit.

Quod *tamen* in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit Pignori dare (*l.* 11. § 7. *ff. de Pignerat. act.* ULPIAN. LIB. 28. AD EDICT.); vel universorum bonorum administratio ei permissa est, ab eo qui sub Pignoribus solebat mutuas pecunias accipere. *l.* 12. *d. tit.* GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Alius autem Procurator, citra domini voluntatem, domum Pignori frustra dedit.

Si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit; non inutilis erit exceptio, duntaxat quod numeratum est exsolvi desideranti. *l.* 1. *Cod. Si aliena res Pign.* SEVERUS ET ANTONIN.

Imo et Servus rem peculiarem si Pignori dederit, tuendum est; si liberam peculii administrationem habuit. Nam et alienare eas res potest. *l.* 18. § *fin. ff. de Pign. act.* PAUL. LIB. 29. AD ED.

Eadem et de filiofamilias dicta intelligemus. *l.* 19. *d. tit.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHECAR.

XV. *Ita demum autem (ut diximus) hi omnes rem Pignori dare possunt; si ex his causis quæ administrationem eorum spectent, Pignus constituatur.*

Hinc Curator adulti vel tutor pupilli, propriam rem mobilem ejus cujus negotia tuetur, Pignoris jure obligare non potest; nisi in rem ejus pecuniam mutuam accipiat. *l.* 3. *Cod. Si aliena res Pign.* ANTONIN.

Similiter Tutor Lege non refragante si dederit rem (2) pupilli Pignori, tuendum erit; scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est in curatore adolescentis vel furiosi. *l.* 16. *ff. de Pign. act.* PAUL. LIB. 29. AD ED.

Quod Si in rem suam accepta pecunia mutua tutor, mancipium tuum Pignori dedit; nec huic post perfectam ætatem consensum accommodasti: Pignori res obligari non potuit. *l.* 7. *Cod. Si aliena res Pign.* DIOCLET. ET MAXIM.

Hinc etiam, Si filiusfamilias pro alio rem peculiarem obligaverit, vel servus; dicendum est eam non teneri, licet liberam peculii sui administrationem habeant: sicut nec donare eis conceditur. Non enim usquequaque habent liberam administrationem. Facti tamen est quæstio, Si quæratur quousque eis permissum videatur peculium administrare. *l.* 1. § 1. *ff. Quæ res Pignori.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

§ 2. *An res prorsus aliena possit Pignori dari.*

XVI. *Vidimus qui possint rem Pignori dare. Is autem non potest, ad quem res nullatenus pertinet.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Quæ prædium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat Pignori, se magis Contrario Pigneratitio obligat judicio, quam quidquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declaret evidenter, jure Pignoris teneri non posse nisi quæ obligantis in bonis fuerint. Et per alium rem alie-

(1) Vid. infra Tit. *Qui potior in Pign.*

(2) *Rem* quæ non sit ex eis quarum obligationi Lex refragatur; qualis est Lex D. Severi, quæ vetat prædia rustica et suburbana Minorum obligari et alienari.

nam invito domino Pignori obligari non posse, certissimum est. *l.* 6. *Cod. Si aliena res Pign.*

Nec si major annis viginti quinque fuisset filius tuus qui in potestate tua erat, te invito rem tuam obligare potuit. *l.* 4. *Cod. d. tit.* ALEXANDER.

Rescribunt etiam Honorius et Theodosius: Nexum non facit prædiorum, nisi persona quæ jure potuit obligare. Per servum autem aut per procuratorem, colonumve actorem seu conductorem, ullum præjudicium possessioni invito vel inscio domino imponi non posse, et Jure et Legum auctoritatibus declaratur. *l. fin. Cod. d. tit.*

Pariter nec per socium meum pars mea obligari potest.

Hinc Antoninus: Frater vester, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quæsivit. Unde intelligitis, contractum ejus nullum præjudicium dominio vestro facere potuisse. *l. fin. Cod. Si communis res.*

XVII. *Quod diximus, eum ad quem res nullatenus pertinet, eam Pignori dare non posse; sic accipe, nisi consensus accedat ejus ad quem res pertinet: et hæc voluntas etiam ex intervallo utiliter accedit. Nam* Aliena res Pignori dari voluntate domini potest. Sed et si ignoranti eo data sit, et ratum habuerit; Pignus valebit. *l.* 20. *ff. de Pignerat. act.* PAUL. LIB. 29. AD ED.

Similiter Marcianus: Si nesciente domino res ejus Hypothecæ data sit, deinde postea dominus ratum habuerit; dicendum est hoc ipso quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. *l.* 16. § 1. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Nota: Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et Pignori dare possunt. *d.* § 1.

Cæterum voluntas domini quæ requiritur quum aliena res Pignori datur, etiam tacita sufficit. Colligitur autem hæc tacita voluntas in specie sequenti. Si quis fidejubeat quum res illius a debitore pro quo fidejussit, Pignori data sit: bellissime intelligitur hoc ipso quod fidejubeat, quodammodo mandare res suas esse obligatas.

Sane, si postea sint ejus res Hypothecæ datæ, non erunt obligatæ. *l.* 5. § 2. *ff. In quib. caus. Pign.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Multo magis colligitur in hac specie. Pater Seio emancipato filio facile persuasit ut, quia mutuam quantitatem acciperet (1) a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere; sub commemoratione domus ad filium pertinentis Pignori datæ. Quærebatur an Seius inter cætera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cum patris se hereditate abstinuerit: nec metuiri ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi; cum neque consensum suum accommodaverat patri, aut signo suo aut alia scriptura? Modestinus respondit: Cum sua manu Pignori domum suam futuram Seius scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est. *l.* 26. § 1. MODESTIN. LIB. 4. RESPONS.

Fraudulenta etiam dissimulatio domini consensui æquipollet.

Ita enim rescribunt Severus et Antoninus. Si probaveris Præsidi prædia vel hortos de quibus agebatur, tuos esse; intelliges obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis, dissimulasti. *l.* 2. *Cod. Si aliena res Pign.*

XVIII. *Non valet quidem Pignus, si is qui non erat dominus rem Pignori dederit. Sed si postea hujus dominium ei supervenerit ex causa quæ jam existebat eo tempore quo rem Pignori dedit; retrotrahitur dominium ad tempus quo Pignus constitutum est, confirmaturque Pignus: ut videre est in specie sequenti.* Filiam fratribus, certis rebus acceptis, hereditatem restituere pater voluit. Ante restitutam hereditatem, in possessionem hereditatis filiam quoque mitti placuit (2). Cum autem interea filii, res bonorum in solidum distraxissent, item alias Pignori dedissent; hereditate postea restituta, constitit ex eo facto cæterarum quoque portionum venditiones, item Pignora confirmari (3). *l.* 56. *ff. Ad SCtum Trebell.* PAPIN. LIB. 7. RESPONS.

XIX. *Sed etsi rem quis prorsus alienam dederit, et postea ex nova prorsus causa hujus dominium adeptus sit; si a creditore hanc rem possidente eam vindicet, exceptione* Doli *debet excludi.*

V. G. Sed et si filiusfamilias, patre suo relegato vel longo tempore absente, dotem pro filia promiserit (4), et rem patris Pignori dederit: Senatusconsultum quidem cessabit (5); patris tamen res non tenebitur. Plane, si patri heres extiterit filius, et Pignus persequatur; exceptione Doli summovebitur. *l.* 5. § 2. *ff. de SCto Macedon.* ULP. LIB. 29. AD ED.

Longius progreditur Paulus. Ita ille: Rem alienam Pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse

(1) Pater scilicet.

(2) Ex Edicto D. Hadriani; dum penderet controversia circa testamentum.

(3) Fratres ante restitutam ipsis a sorore hereditatem, eas res Pignori jure non dederant nisi pro portionibus ex quibus ipsi erant heredes scripti; non pro portionibus sororis. Verum restitutis postea ipsis his portionibus, Pignus confirmatur.

(4) Supple: *et ut eam exsolveret, pecuniam mutuam accepit.*

(5) Nam hæc pecunia in rem patris versa est; cujus officium erat ut neptem quam in potestate habebat, dotaret.

cœpisti. Datur utilis actio Pigneratitia (1) creditori (2). *l.* 41. *ff. de Pignerat. act.* PAUL. LIB. 3. QUÆST.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Cum res quæ necdum in bonis debitoris est, Pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat : ordinariam quidem actionem super Pignore non competere manifestum est; sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo Pigneratitiæ (3) detur. *l.* 5. *Cod. Si aliena res.*

Datur quidem utilis Hypothecaria *creditori qui deceptus est, et ignorabat alienam esse rem quæ ipsi Pignori dabatur.*

In speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei qui Pignus dabat debita (4) : postea debitori dominio quæsito, difficilius (5) creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio. *l.* 1. PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

Superest species de qua ita disputat Africanus. Titia prædium alienum Titio Pignori dedit, post Mævio; deinde domina ejus Pignoris facta; marito suo in dotem æstimatum (6) dedit. Si Titio soluta sit pecunia; non ideo magis Mævii Pignus convalescere placebat: tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur Pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem, maritus emptoris loco est : atque ideo quia neque tunc quum Mævio obligaretur, neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit; nullum (7) tempus inveniri quo Pignus Mævii convalescere possit.

Hæc tamen ita, si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit : id est, si ignoravit Mævio obligatum esse. *l.* 9. § 3. *ff. Qui potiores in Pign.* AFRICANUS LIB. 8. QUÆST.

XX. *Hactenus locuti sumus de casu quo is qui rem Pignori dedit, hujus dominus effectus est; vidimusque eum creditori decepto utili actione teneri.*

At vero ex sententia Pauli, Non est idem dicendum; si ego Titio qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero. Hoc enim modo, Pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem Pigneratitiam actionem, eumdem esse dominum qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset (8) de Pignore, ut ex suo mendacio arguatur; improbe resistit (9) quominus utilis actio moveatur. *l.* 41. *ff. de Pignerat. act.* ¶ *non est.* PAUL. LIB. 3. QUÆST.

Modestinus contra : Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo Pignori obligaverit, heres extitero : ex post facto Pignus directo quidem non convalescit; sed utilis Pigneratitia dabitur (10) creditori. *l.* 22. LIB. 7. DIFFERENT.

(1) Id est, utilis *Hypothecaria.* Dicitur *Utilis*, quia datur ex Pignore non jure constituto; utpote a non domino *Hypothecaria* quæ ex Pignore jure constituto datur, dicitur etiam *utilis Serviana*; relative ad *Servianam directam* quæ ex Edicto Serviano descendit, et de eo duntaxat Pignore latum est quod in invectis et illatis locatori tacite constitutum intelligitur. Verum potest etiam dici *directa*, relative ad eam quæ ex Pignore non jure constituto datur.

(2) Decepto; ut liquet ex fine hujus legis quam vid. N. seq. et ex l. 1. h. t. mox infra.

(3) Id est, *Hypothecariæ*; quam sæpe videbis in decursu hoc nomine appellari : nec confundas cum actione *Pigneratitia* personali.

(4) Nam si fuisset ei debita, saltem potuisset Pignori dare jus quod ad hanc rem habebat.

(5) Modesta negatio : et periodus est ac si diceret, *non dabitur*; ut recte observat D. Noodt. Non infrequens apud Jurisconsultos hæc elocutio.

(6) Hæc æstimatio est instar venditionis; et ex hac causa transfertur dominium perfectum et irrevocabile ad maritum, ut videre erit infra lib. 23. Tit. *de Jure dot.*

(7) Nam quum res obligata est Mævio, duo obstabant quominus Pignus Mævii valere posset : et quod res esset aliena; et quod, etsi debitoris propria fuisset, priori fuisset obligata. Quum mulier rei dominium nancta est, Pignus Mævii non potuit convalescere; quia res adhuc erat priori creditori nexa. Quum prior creditor dimissus est, non potuit adhuc convalescere; quia jam rursus facta erat res aliena, utpote marito æstimata in dotem data.

(8) Id est, si is adversus quem agitur, ipse *convenisset de Pignore*, Pignus constituisset.

(9) Sensus est : si utili actione conventus ita se defendat; Res non erat in bonis meis quum convenit inter nos ut esset Pignori, ergo non potuit obligari : replicabitur ei : Non potes hac defensione uti; nam allegas te mentitum esse, quum eam ut tuam mihi Pignori supposuisti. Porro, nemo de suo mendacio excipere potest; nemini sua fraus opitulari debet : et ita excludetur ejus defensio. Hæc autem replicatio cessat; quum non ipse, sed defunctus cui heres extitit, rem obligavit.

(10) Quid ergo supra negat Paulus dari? Dicendum est, nondum receptum fuisse, quum Paulus scriberet, ut heres hoc casu actione teneretur; postea invaluisse ut teneretur. Ita Cujac. Observ. XIX. 26. At vero D. Noodt, Modestinum cum Paulo conciliare tentat; et ait, Modestinum hic non loqui de utili *Hypothecaria*, de qua loquitur Paulus in lege superiori; nec inficiari Modestinum Paulo qui hanc utilem actionem Hypothecariam in hac specie negat creditori competere : sed Modestinum loqui de personali actione *Pigneratitia* contraria, quam ait creditori competere adversus hunc heredem; ut eam rem quæ non potuit a defuncto obligari, ipse obligare teneatur. Non placet hæc Noodtii conciliatio : nam ut contraria *Pigneratitia* vel Utilis detur, oportet aliquem contractum Pignoris intervenisse. Non est autem contractus Pignoris, nisi res tradita sit : est enim ex illis contractibus qui *Re* perficiuntur. In specie autem hujus legis, non est res pignori data : nec enim dicitur, *si quis rem meam pignori dederit*; sed dicitur, *Pignori obligaverit* : quibus verbis significatur nudam conventionem intervenisse.

Nec magis placet conciliatio Pacii : qui ait Modestinum dare quidem in hac specie Utilem *Pignoratitiam* creditori, non autem adversus me dominum, sed adversus cæteros possessores; adeoque non contradicere cum Paulo qui hanc denegat adversus dominum. Non placet (inquam) hæc solutio. Nam in specie quam proponit Modestinus, quæstio esse non potuit nisi an adversus me dominum qui heres extiti ei qui pignus constituit, actio daretur. Ut enim adversus cæteros possessores detur, quid attinet me dominum debitori qui Pignus constituit heredem extitisse?

ARTICULUS IV.

Cui Pignus constitui possit.

XXI. *Pignus constitui nisi creditori non potest.*

Hinc Is qui promisit tibi aut Titio; solutum quidem Titio (1) repetere non potest: sed Pignus ei datum, et ante solutionem recipit (2). *l.* 33. TRYPHONIN. LIB. 8. DISPUTAT.

Hinc etiam nascitur decisio quæstionis quam ita proponit ac solvit Paulus. Si legati conditionalis relicti filiofamilias pater ab herede rem propriam ejus Pignori accepit; et mortuo patre vel emancipato filio, conditio legati extiterit; incipit filio legatum deberi: et neque pater potest Pignus vindicare (3); neque filius (4) qui nunc habere cœpisset actionem (5), nec ex præcedente tempore potest quidquam juris habere in Pignore: sicut (6) in fidejussore dicitur. *l.* 28. PAUL., LIB. 3. QUÆST.

XXII. *Cæterum ipsi creditori Pignus constitutum videtur, quum ejus procuratori constitutum est. Ita enim Ulpianus:* Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de Pignore, vel ratam habente me conventionem, vel mandante: quasi inter me et colonum meum convenisse videatur (7). *l.* 21. ULP. LIB. 73. AD ED.

SECTIO II.

De pactis quæ circa Pignora admittuntur aut reprobantur.

XXIII. *Hæc in Pignore contrahendo non infrequenter lex dicitur, quam refert et explicat Gaius. Ita ille:* Qui res suas jam obligaverint, et alii secundo obligant creditori; ut effugiant periculum quod solent pati qui sæpius easdem res obligant, prædicere solent ALII nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio; ut in id quod excedit priorem obligationem, res sit obligata; ut sit Pignori Hypothecæve id quod pluris est, aut solidum quum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est utrum hoc ita se habeat, si et conveniat; an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit Hypothecæ? Et solida res inesse conventioni videtur quum a primo creditore fuerit liberata; an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus (8). *l.* 15. § 2. GAIUS LIB. SINGUL. DE FORMUL. HYPOTHECARIA.

XXIV. *Frequens etiam olim fuit in Pignoribus, et maxime in Fiduciis, lex Commissoria; sed prohibita est a Constantino, ut vid. in Append. ad Tit.* de Pignerat. act. *supra lib.* 13.

Cum lege Commissoria cave confundas pactum maxime licitum; quo convenit ut ad diem non soluta pecunia res Pignorata creditoris fiat, non simpliciter, sed justo pretio tunc æstimanda. Enimvero Potest ita fieri Pignoris datio Hypothecæve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc æstimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt. *l.* 16. § *fin.* MARCIAN. LIB. SING. AD FORM. HYPOTHEC.

Similiter Scævola. Titius quum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit Pignori sive Hypothecæ prædia; et fidejussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum. Quod si id non fecit die supra scripta, et solverit debitum fidejussor creditori; jussit prædia empta esse quæ creditoribus obligaverat. Quæro, cum non sit liberatus Lucius fidejussor a Titio; an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta prædia? Respondit: Si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat; sub conditione emptio facta est; et contractam esse obligationem. *l.* 81. *ff. de Contrah. empt.* SCÆVOLA LIB. 7. DIGEST.

Supervacaneum autem est pactum de quo ita rescribit Alexander. Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus; Hypothecæ venditionem non contraxit: sed id comprehendit quod jure suo creditor in adipiscendo Pignore habiturus erat. Communi itaque jure creditor Hypothecam vendere debet. *l.* 1. *Cod. d. Pact. Pignor.*

XXV. *Est et celeberrimum pactum quo convenit ut creditor pro pecuniæ debitæ usuris, fructus rei Pignoratæ habeat. Hæc autem conventio etiam citra Pignus fieri potest, et proprium quoddam negotium constituit; ut in specie sequenti quam refert Martianus.*

Si ANTIXPHΣIΣ [id est, *mutuus Pignoris*

(1) Is Titius non est creditor, sed adjectus solutionis duntaxat gratia: de quo videb. infra lib. 46. Tit. *de Solutionib.*

(2) Utpote inutiliter constitutum; cum ei qui creditor non esset, constitutum sit.

(3) Quia pater non erat creditor; cum ex eventu conditionis legatum fuerit quæsitum filio, non patri.

(4) Quia Pignus non ipsi constitutum fuit.

(5) *Ex testamento* scilicet. *Nunc*, id est, ex quo extitit conditio.

(6) Scilicet ut hoc casu, si quis pendente conditione apud patrem pro legato fidejussisset, nec a patre nec a filio posset conveniri.

(7) Id est, ita ratum sit *quasi convenisset.* Hæc elocutio imperativa per modum Subjunctivi, Ulpiano familiaris est.

(8) Scilicet ut, et absque conventione speciali, et solida res obligetur, secundo creditori quum a primo fuerit liberata.

usus (1) *pro credito*] facta sit, et in fundum aut in ædes aliquis inducatur (2); eo usque retinet possessionem Pignoris loco (3), donec illi pecunia solvatur : cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. Itaque si amiserit possessionem, solet In factum (4) actione uti. *l.* 11. § 1. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

SECTIO III.

Quale jus Pignus creditori in re pignorata tribuat.

XXVI. *Pignus creditori tribuit jus possidendæ rei pignoratæ, atque etiam distrahendæ.*

De distractione rei pignoratæ, est infra proprius Titulus. Quare hic duntaxat agemus de possessione rei pigneratæ quæ ad creditorem pertinet.

Hæc possessio valde a proprietate seu dominio distinguenda est. Enimvero Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. *l.* 35. § 1. *ff. de Pignerat. act.* FLORENTIN. LIB. 8. INSTIT.

Hinc sequitur quod Quidquid Pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet. *l.* 21. § 2. ULP. LIB. 73. AD ED.

Hinc etiam sequitur quod rei Pignoratæ dominium, salva tamen Pignoris causa, ad quemvis debitor transferre potest.

Unde Gordianus : Si dominium ejus possessionis quæ Pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est; eamque postea creditor vel ejus heredes detinero cœperunt; vindica eam rem : Præside provinciæ curante ut, fructuum deducta ratione residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur. *l.* 9. *Cod. h. tit.*

XXVII. *Cum autem creditor possessionem rei consequatur ; hinc* Creditor prædia sibi obligata ex causa Pignoris, locare recte poterit (5). *l.* 23. MODEST. LIB. 3. REGULARUM.

Et quidem ipsi domino. Unde Florentinus : Potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti. *sup. d. l.* 35. *d.* § *fin. ff. de Pignerat. act.*

Et Si Pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem : quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio ; cum et animus mihi retinendi sit ; et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. *l.* 37. *ff. de Pignerat. act.* PAUL. LIB. 5. AD PLAUT.

SECTIO IV.

De actione quæ ad persecutionem Pignoris creditori competit.

XXVIII. Si quis pignora debitoris citra auctoritatem judicantis abduxerit, violentiæ crimen admittit. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 14. § 5.

Scilicet quum hæc lex Pignori dicta non fuit ut abduci posset. Ii vero Creditores qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem (6) ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur. Attamen auctoritate Præsidis possessionem adipisci debent (7). *l.* 3. *Cod. h. t.* SEVER. ET ANTON.

Hac de re nulla creditoribus Jure Civili prodita erat actio. Primus Servius quidam (8) *Prætor actionem dedit ad persecutionem Pignoris quod*

(1) Vinnius hoc glossema improbat; et *Antichresim* interpretatur, non (ut hic) contrarium usum; sed contrarium mutuum : a verbo Græco ΧΡΑΩ seu ΧΙΧΡΗΜΙ *utendum do, commodo, do mutuo.* Contra late defendit D. Noodt.

(2) Ut eas jure Antichreseos possideat.

(3) Ad instar Pignoris; non tamen tanquam Pignus, quia non convenit ut res esset Pignori obligata, *sed tantum* ut ea frueretur pro usuris pecuniæ sibi debitæ. Ita Vinnius.

(4) D. Noodt censet legendum *hac actione*, pro *In factum actione.* Vide ejus argumenta Observat. lib. 2. cap. 9. quæ tamen non videntur tanti momenti ut recedamus a lectione quam probat fides tum omnium exemplarium, tum etiam Scholiastæ Græci qui notat : *Non Serviana, sed In factum. Non enim proprie Pignus est, sed Pignoris loco antichresim habet.* Adde quod in textu, creditor dicitur retinere possessionem *Pignoris loco*; non dicit *jure Pignoris*; et sic significat non esse in hac specie Pignus proprie dictum.

(5) Ita tamen ut mercedes quas consequetur, imputet in debitum; nisi fuerit non simplex Pignus constitutum, sed Antichresis. Quod ad res mobiles attinet, eas duntaxat custodire debet. Si his uteretur, furtum committeret : ut vid. in *Instit.* Tit. *de Oblig. quæ ex delict. nasc.*

(6) Id est, *qui ingressi possessionem, exercent legem* in conventione pignoris dictam, ut ingredi possessionem possent.

(7) Alioquin, non quidem Interdicto UNDE VI tenentur; sed Interdicto *Momentariæ possessionis*, ut censet Cujacius. Alii tamen censent creditorem qui ex pacto, Pignus citra judicis auctoritatem invadit; non recte quidem facere; sed ei hoc impune esse : arg. l. penult. Cod. *de Pignerat. act.* in qua dicitur non posse quem res debitoris auferre *Citra conventionem* VEL *Præsidalem jussionem.* Cujacius respondet hanc disjunctionem *vel* pro conjunctione accipiendam, ut a Græcis accepta est (quod non est infrequens in Jure); *ut* sensus sit, non posse creditorem auferre res debitoris *citra conventionem*, id est, nisi ea conventione sit ei obligata; *et Præsidalem jussionem*, id est, per actionem Servianam.

(8) Heineccius censet fuisse insignem illum Jurisconsultum SERVIUM-SULPITIUM Ciceroni coæqualem; quem Cicero fuisse Prætorem testatur in Orat. *Pro Murena.* Verum oporteret fuisse eum Prætorem Urbanum aut Peregrinum, ut hoc Edictum proposuisset. Apparet autem ex d. loco Tullii, quæstionem de Peculatu (quæ criminalis est) ei in Prætura obtigisse. Cum igitur non ipsi, sed collegis ejus civilis jurisdictio obtigerit, sequitur non potuisse eum hoc Edictum proponere quod ad civilem jurisdictionem pertinet. Est igitur alius Servius Prætor quem ignoramus, hujus actionis inventor.

locatoribus prædiorum constitutum est in invectis et illatis: quæ actio Serviana *dicta est. Postea ad ejus exemplum, ad cæterorum Pignorum persecutionem* Utilis Serviana *seu* Hypothecaria *data est. Quæ interdum etiam* Pignoratitia *nuncupatur, non tamen confundenda est cum actione Pignoratitia de qua egimus supra lib. 13. proprio suo Titulo.*

Circa has autem actiones Servianam et Hypothecariam *inquiremus; 1.° Quales sint, adversus quos et cui competant; 2.° Quando moveri possint, et quando excludantur; 3.° Quid in his veniat.*

ARTICULUS I.

Qualis sit actio quæ ad persecutionem Pignoris datur; adversus quos, cui, et quando competat; et quomodo excludatur.

§ 1. *Qualis sit, et cui competat, et adversus quos.*

XXIX. Pignoris vel Hypothecæ persecutio, In rem est. *l.* 18. *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

Et alibi: Pignoris persecutio, In rem parit actionem creditori. *l.* 17. Ulp. lib. 15. ad Ed.

Datur igitur illa actio adversus quemvis rei obligatæ possessorem: ut Diocletianus et Maximianus rescribunt: Si debitor sem tibi jure Pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa (1) transtulit ad emptorem. *l.* 12. *Cod. de Distract. Pign.*

Hinc ita rescribunt iidem Imperatores. Debitorem neque vendentem neque donantem, neque legantem vel fideicommissum relinquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionam certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, Pignora persequi debes. *l.* 15. *Cod. h. tit.*

Cum Hypothecaria *actio sit* In rem; *hinc consequitur quod ait Marcianus. Nimirum* In vindicatione Pignoris quæritur, an rem de qua actum est possideat is cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit quominus possideat; absolvi debet. *l.* 16. § 3. Marcian. lib. singul. ad formulam Hypothecariam.

XXX. *Hæc actio datur creditori cui pignus constitutum est. Nec solum priori: sed et,* Si simpliciter (2) convenisset secundus creditor de Hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit; præter priorem creditorem, et qui ab eo emit. *l.* 12. § 7. *ff. Qui potiores.* Marcian. lib. singul. ad formulam Hypothecariam.

§ 2. *Quando hac actione agi possit.*

XXXI. *Hac actione, Jure Pandectarum adversus extraneos possessores agi potest: quamvis nondum instituta adversus debitorem personali actione.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Est in arbitrio vestro, an personali debitoris heredes actione; an eum qui ab his distracta sibique tradita Pignora tenet, In rem Serviana (si non longi temporis præscriptione munitus sit); an utrosque conveniatis. *l.* 14. *Cod. de Oblig. et act.*

Iidem alibi: Distractis a debitore Pignoribus, creditores potestatem habere utrumne personali obligatos sibi, an Pignora possidentes In rem actione convenire velint, non est incerti Juris. *l.* 14. *Cod. h. t.*

Iidem rescribunt: Persecutione Pignoris omissa, debitores actione personali convenire creditor urgeri non potest. *l.* 24. *Cod. h. t.*

Tamen saltem requirebatur: ut debitor denuntiationibus prius admonitus fuisset solvere.

Hinc iidem rescribunt. Debitores præsentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint; persequenti tibi Pignora seu Hypothecas quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector provinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit. *l.* 10. *Cod. h. tit.*

Novella IV. potest quidem ante institutam personalem actionem agi Hypothecaria adversus debitorem quum possidet. Verum adversus alium possessorem si agatur; potest creditor summoveri, donec excusserit tam rei quam intercessorum ejus facultates: et ita Jure antiquissimo observatum fuisse, auctor est in hac Novella Justinianus.

XXXII. *Circa Servianam hanc actionem* Quæsitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi Pignora permittendum sit? Et puto dandam Pignoris persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit. *l.* 14. Ulp. lib. 73. ad Ed.

Hoc ita, nisi persecutioni quoque Pignoris, dies esset adjecta: quod facile præsumitur.

Hinc Si paciscatur creditor ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de Hypotheca quoque idem pactus esse. *l.* 5. § 1. *ff. Quib. mod. Pign. solv.* Marcian. lib. sing. ad form. Hypothec.

Et hæc quidem, de casu quo dies nondum venit. Quod Si sub conditione debiti nomine obligata sit Hypotheca; dicendum est ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur (3).

Sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit.

Sed si præsens sit debitum, Hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem Hypothecaria; verum quidem est pecuniam solutam

(1) Scilicet *cum causa* Pignoris.

(2) Id est, non accedente prioris creditoris consensu; unde videri posset non recte constitutum Pignus, utpote in re jam alteri obligata.

(3) Porro non potest intelligi Pignus, nisi subsit debitum cui accedat. At quum debitum nulla conditione suspenditur; quamvis dies solutionis non venerit; tamen existit debitum, adeoque et Pignus.

non esse : sed auferri Hypothecam iniquum (1) est. Ideoque arbitrio judicis cautiones interponendæ sunt ; si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui Hypothecam si in rerum natura sit. *l.* 13. § 5. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHECAR.

§ 3. *Quomodo excludatur hæc actio.*

XXXIII. *Paulus respondit, de iis* Qui Pignoris jure rem persequuntur ; a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscumque possessor offerre vellet. Neque enim debet quæri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur, soluto pignore. *l.* 12. § 1. *ff. Quib. mod. Pignor. solv.* PAUL. LIB. 5. RESPONS.

Consonat quod ait Gaius. Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur; videndum est an competat ei Hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat ne ei pecunia solvatur. *l.* 11. § 4. *ff. Qui potiores.* GAIUS LIB. SINGUL. DE FORMUL. HYPOTHEC.

ARTICULUS II.

Quid veniat in actione quæ ad persecutionem Pignoris datur.

XXXIV. *Postquam creditor rem Pignoris jure sibi teneri probaverit ; interloquitur judex rem ei restitui oportere.*

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex ; ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit prædium quam debetur ? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare ; nisi extent, et res non sufficit (2). *l.* 16. § 4. MARCIAN. LIB. SING. AD FORM. HYPOTHEC.

De consumptis autem et usucaptis ante litem contestatam bonæ fidei possessor non tenetur. Et hoc obtinet etiam in specie sequenti. Quum prædium Pignori daretur, nominatim ut fructus quoque Pignori essent convenit : eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur. PIGNORIS (3) ETENIM CAUSAM NEC USUCAPIONE PERIMI PLACUIT, quoniam quæstio Pignoris ab intentione dominii separatur ; quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt. *l.* 1. § 2. PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

XXXV. *Postquam judex interlocutus est ; reus* Si possideat, et aut pecuniam solvat aut rem restituat, æque absolvendus est : si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur.

Sed si velit restituere, nec possit (forte quod res abest et longe est, vel in provinciis) solet cautionibus res explicari. Nam si caverit se restituturum, absolvitur.

Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus, non possit rem ipsam restituere: tanti condemnabitur quanti actor in litem juraverit ; sicut in cæteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnatus esset quantum deberetur ; quid prodest in rem actio, cum in personam agendo idem consequeretur ? *l.* 16. § 3. ¶ *si vero possideat.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Interest tamen an adversus ipsum debitorem, an adversus alium possessorem agatur : ut docet Ulpianus. Ita ille : Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit æstimanda. Sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem. Nam adversus debitorem, non pluris quam quanti debet; quia non pluris interest (4): adversus cæteros possessores, etiam pluris (5); et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori Pigneratitia actione. *l.* 21. § 3. ULP. LIB. 73. AD ED.

Quid Si pluris condemnatus sit (6) debitor non restituendo Pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat : an, si tantum solverit quantum debebat, exoneretur Hypotheca? Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem Legis et auctoritatem Sententiæ, non probo. Semel enim causa transire videtur ad condemnationem, et inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum quam quod revera debet dando, Hypothecam liberare. *sup. d. l.* 16. § 6.

XXXVI. *Unum adhuc quærendum.* Creditor Hypothecam sibi per Sententiam adjudicatam quem-

(1) Iniquum enim est, pacta conventa non servari.

(2) Id est, si res pignorata minoris est eo quod debetur. Hoc autem casu benigne admissum est ut fructus extantes necdum usucapti, causam Pignoris sequerentur officio judicis : nam ipso Jure non sunt obligati fructus qui apud tertium possessorem, cui debitor rem vendidit, editi sunt ; ut videb. infra Tit. *Quæ res Pign.* N. 14.

(3) Hic præoccupatur objectio quæ ita fieri poterat ; Usucapio rei pignoratæ non tollit jus Pignoris, quod in ea re creditor habet ; ergo pariter usucapio fructuum aut consumptio bona fide facta, non debet nocere creditori, quum convenit nominatim ut fructus Pignori essent. Respondetur autem hanc esse rationem disparitatis ; quod primo casu Pignus in re semel constiterit, adeoque non potuit creditori auferri. At fructus nunquam fuerunt debitoris qui Pignus constituit ; si quidem possessor qui illos percepit, percipiendo eos sibi acquisivit ; et quidem tunc revocabiliter, donec dominus rem reposceret ; consumptione autem bonæ fidei, eos irrevocabiliter suos fecit : nunquam igitur fuerunt debitoris qui Pignus constituit, adeoque non fuerunt pignerati.

(4) Si quid plus debito acciperet, teneretur *Pigneratitia* actione illud reddere debitori : ut vid. supra lib. 13. tit. *de Pignerat. act.* Frustra ergo ab eo exigeret, quod ei statim teneretur reddere.

(5) Eatenus autem ipsius interest hoc pluris consequi ; quatenus ipse eo nomine obligatus est *Pigneratitia* actione erga debitorem hoc ei restituere.

(6) De facto scilicet, non de Jure.

admodum habiturus sit, quæritur? Nam dominium ejus vindicare non potest; sed Hypothecaria agere potest. Et (1) si exceptio objicictur a possessore rei judicatæ; replicet, Si secundum me judicatum non est. *d. l.* 16. § 5.

(1) Supple : igitur non dominium, sed Jus Pignoris vindicabit. Et, si opponatur ei exceptio *Rei judicatæ*, replicabit iniquissime opponi hanc exceptionem victori secundum quem judicatum est.

TITULUS II.

IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR.

TITULUM *hunc in duos Articulos distribuam. Primus varias Tacitorum Pignorum species recensebit. Cum autem celeberrimum sit illud quod Tacite in invectis et illatis locatori ædium constitui intelligitur, de eo specialiter agemus in Articulo altero.*

ARTICULUS I.

Plures species recensentur, in quibus quæritur an Pignus Tacite contractum videri debeat necne.

I. *Si quis pro eo quod ex causa transactionis promittebatur, Pignus dedit; Tacite quoque illud obligasse intelligetur pro vetere contractu, si transactioni non stetur.*

Hoc docet Scævola. Ita ille : Tutoris heres cum herede pupilli transactione facta, quum ex ea majorem partem solvisset, in residuam quantitatem Pignus obligavit. Quæsitum est, an in veterem contractum jure res obligata esset? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, obligatam (1) esse. *l.* 10. SCÆVOLA LIB. 6. DIGEST.

II. *Est quoque Tacitum Pignus quod fiscus habet in bonis debitorum suorum : de qua Pignoris specie agemus infra lib.* 49. *Tit.* de jure fisci.

Idem jus non habent civitates : nisi ex speciali privilegio ut videb. Tit. de Administr. rer. ad. civit. pertin. *infra lib.* 50.

In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur, Tacite intelliguntur Pignori esse domino fundi locati; etiamsi nominatim id non convenerit. *l.* 7. POMPON. LIB. 13. EX VARIIS LECTION.

Senatusconsulto quod sub Marco Imperatore factum est; Pignus insolæ, creditori datum qui pecuniam ob restitutionem (2) ædificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit qui redemptori domino mandante nummos ministravit. *l.* 1. PAPIN. LIB. 10. RESPONS.

III. *Habent quoque pupilli jus Taciti Pignoris in rebus quæ ex ipsorum pecunia emptæ sunt; ex Constitutione Severi et Antonini : ut refertur in l.* 3. *ff.* de Reb. eor. qui sub tut. *et in l.* 6. *Cod.* de Servo Pign. dat.

Item Pro officio (3) administrationis, tutoris vel curatoris bona (si debitores existant) tanquam Pignoris titulo obligata, Minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est et si tutor vel curator quis constitutus, res minorum non administraverit. *l.* 20. *Cod. de Administr. tut.* CONSTANTIN.

Ex Constitutione Theodosii et Valentiniani quum mater quæ liberorum suorum tutelam susceperat, ad secundas nuptias transit, nec petit tutorem liberis suis; bona mariti ejus Tacite obligantur ratiociniis tutelæ. l. 6. Cod. h. t.

Tacite quoque bona patris sunt obligata liberis quos in potestate habet, pro conservatione bonorum materni generis quæ ad ipsos pertinent. l. 8. *Cod.* de secund. nupt. *et l.* 6. *§ fin. Cod.* de Bonis quæ liber.

Ex Constitutione Justiniani, Tacita datur Hypotheca uxoribus pro restitutione dotis in bonis viri, l. un. Cod. de Rei uxor. act.

Item legatariis et fideicommissariis in bonis defuncti. l. 1. *Cod.* Communia de legat.

IV. *Vidimus in quibus potissimum causis Pignus Tacite contrahatur,*

Non habet autem quis jus Taciti Pignoris in re, ex eo solo quod ejus pecunia sit comparata. Hinc Diocletianus et Maximianus : Quamvis ex ea pecunia quam a te mutuo frater accepit, comparaverit prædium : tamen, nisi specialiter vel gene-

(1) Putat tamen Accursius contra hunc disertum textum, non esse vere obligatam in veterem contractum : sed tantum posse retineri pro eo quod ex veteri contractu deberetur. Ego cum Bartolo puto tacite actum fuisse ut, si transactioni non staretur, res in causam veteris contractus esset obligata.

(2) Secus, si in refectionem duntaxat; ut recte censet Cujacius. Non debet etiam hoc porrigi ad eum qui ad navem reparandam credidit : Vinn. *Select. quæst.* lib. 2. cap. 4.

(3) An novum Jus hic inducat Constantinus, lis est inter Interpretes. Vid. Balduin. Commentar. 2 *de Legib. Constant.* et Jac. Gothofred. ad l. 1. Cod. Theod. *de Administr. tutor.*

raliter hoc tibi obligaverit (1), tuæ pecuniæ numeratio in causam Pignoris non deduxit. Sane personali actione debitum apud præsidem petere non prohiberis. *l.* 17. *Cod. de Pign. et Hypoth.*

Speciale est ut militia quam argentarius aut filii ejus comparaverunt, præsumatur ex pecunia creditorum ejus comparata, et ipsis Tacite obligetur. l. 1. *Cod.* de Pign. et Hypoth. *Et vice versa, militia quam debitor aut filii debitoris eorum comparaverunt, ex pecunia quam mutuam ipsis dederunt præsumitur comparata; ipsisque pariter Tacite obligatur.* Novell. CXXXVI.

In cæteris autem rebus, argentarii quum demum probaverunt eas ex pecunia quam mutuam dederunt fuisse comparatas, potiora jura præ omnibus habebunt; et nisi ipsis satisfiat: hæ res ipsis addicentur. d. Novell.

ARTICULUS II.

De Tacito Pignore quod locator habet in invectis et illatis.

Circa hanc taciti Pignoris speciem, hæc quærenda sunt, 1.° *In quorum prædiorum locatione locum habeat;* 2.° *Quas res complectatur;* 3.° *Ad quas obligationes porrigatur;* 4.° *An et in quo differat a Pignore expresse constituto.*

§ 1. *In quorum prædiorum locatione hoc jus Taciti Pignoris locum habeat.*

V. Eo jure utimur ut, quæ in prædia urbana inducta (2) illata sunt, Pignori esse credantur; quasi id Tacite convenerit (3). In rusticis prædiis, contra observatur. *l.* 4. Neratius lib. 1. Membran.

In locatione rusticorum prædiorum hoc non obtinere, rescribunt etiam Diocletianus et Maximianus. Ita illi: Si non inducta et illata in fundum, quæ Pignoris teneri causa placuerat, mancipia fuissent, nec hæc specialiter obligata monstrentur; Rector provinciæ ea restitui jubebit. Nec enim prætextu debiti pensionum, restitutionem eorum morari potest; cum, si quid sibi deberi domina fundi ex pensionibus vel quacumque ratione probare possit, hujus solutionem solemniter (4) fieri conveniat. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Hoc discrimen inter rustica et urbana prædia circa Tacitum invectorum et illatorum Pignus, notat etiam Alexander qui ita rescribit: Certi Juris est ea quæ voluntate (5) dominorum, coloni in fundum conductum induxerint; Pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque Pignoris jure tenentur. *l.* 5. *Cod. de Locato et Cond.*

VI. *De quibusdam dubitatum est, an rusticorum an urbanorum prædiorum numero censeri deberent. Ut ecce:* Stabula quæ non sunt in continentibus ædificiis, quorum prædiorum ea numero habenda sint, dubitari potest? Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a cæteris ædificiis separata sint. Quod ad causam tamen talis Taciti Pignoris pertinet, non multum ab urbanis prædiis differunt. *sup. d. l.* 4. § 1.

Item Si horreum fuit conductum vel diversorium, vel area; Tacitam conventionem de invectis illatis, etiam in his locum habere putat Neratius: quod verius est. *l.* 3. Ulp. lib. 73. ad Ed.

Notandum, hoc Tacitum Pignus obtinuisse duntaxat in locatione ædium quæ in utraque Roma et in continentibus ædificiis essent, aut in earum territorio. Hoc jus autem Justinianus et ad provincias porrigi voluit. l. fin. Cod. h. t.

§ 2. *Quas res complectatur hoc Tacitum Pignus, et ad quæ debita porrigatur.*

VII. Videndum ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola quæ ut ibi sint illata fuerint, Pignori sint. Quod magis est. *l.* 7. § 1. Pomponius lib. 13. ex variis lection.

Eamdem interpretationem obtinere, et quum de invectis et illatis pignerandis expresse cautum est, respondit Scævola in specie sequenti. Debitor pactus est ut quæcumque in prædia Pignori data, inducta, invecta, importata, ibi nata paratave essent, Pignori essent. Eorum prædiorum pars sine colonis fuit; eaque actori suo colenda debitor ita tradidit, assignatis et servis culturæ necessariis. Quæritur an et Stichus villicus et cæteri servi ad culturam missi et Stichi vicarii, obligati essent? Respondit; Eos duntaxat qui hoc animo a domino inducti essent ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accommodarentur, obligatos. *l.* 32. *ff. de Pign. et Hypoth.* Scævola lib. 5. respons.

VIII Pomponius libro 40 Variarum lectionum scribit: Non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus (quo nomine Ex locato cum eo erit) invecta et illata Pignori erunt obligata. *l.* 2. Marcian lib. sing. ad form. Hypothec.

Non autem in plus obligata erunt, quam in quod is cujus ea sunt, actione Locati *ipse tenetur.*

Hinc si conductor mihi partem ædium ipsi loca-

(1) Adde, vel nisi pupillus fuerit ex cujus pecunia res comparata sit: ut liquet ex l. 7. ff. *Qui potior in Pign.* et ex l. 3. ff. *de Reb. Min. non alien.*

(2) *Inducta* accipe de rebus se moventibus; nimirum mancipiis, animalibus; *illata* de rebus inanimis.

(3) Vid. l. 4. ff. *de Pactis* supra lib. 2.

(4) Id est, instituendo actionem *Locati*; quæ est actio solennis et ordinaria.

(5) Intellige, ut explicat Cujacius, ex conventione ut Pignori essent.

tarum ablocavit : Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cœnaculum (1) conduxi. Non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulæ frivola (2) mea teneantur. Videtur (3) autem Tacite et cum domino ædium hoc convenisse, ut non pactio cœnacularii (4) proficiat domino, sed sua propria. *l.* 11. § 5. ¶ *plane. ff. de Pignerat. act.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Cum vero is cui habitatio gratuita concessa est, actione Locati *non teneatur; sequitur illud quod* Pomponius libro 13 Variarum lectionum scribit: Si gratuitam habitationem conductor mihi præstiterit; invecta a me, domino insulæ Pignori non esse. *l.* 5. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORM. HYPOTHEC.

Et quamvis regulariter invecta teneantur in omne quod ex causa locationis conductor debet : Item illud (inquit) videndum est; voluntate (5) domini induci Pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum. *d. l.* 5. § 1.

§ 2. *An, et in quo Tacitum hoc Pignus ab eo quod expresse contractum est differat.*

IX. Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum quæ ex conventione manifestarii (6) Pignoris nomine tenentur: quod manumittere mancipia obligata Pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur (7). Tunc enim Pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva Jurisconsultus qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse (8). *l.* 9. PAUL. LIB. SINGUL. DE OFFIC. PRÆFECTI VIGILUM.

Suffragatur Ulpianus. Licet in prædiis urbanis Tacite soleat conventum accipi, ut perinde teneantur invecta et illata ac si specialiter convenisset: certe libertati hujusmodi Pignus non officit. Idque et Pomponius probat: ait enim, Manumissioni non officere, ob habitationem obligatum. *l.* 6. ULP. LIB. 73. AD ED.

(1) *Cœnacula* dicuntur, ad quæ scalis ascenditur. Festus.

(2) *Frivola* apud Festum, sunt vasa fictilia quassa. Hic videntur accipi pro brevi suppellectile tenuis hominis; quales erant qui cœnacula habitabant: ut apud Juvenalem

.........Jam frivola transfert
Ucalegon.

(3) Respondet ad objectionem quæ ita fieri poterat: Atqui nullatenus res meæ possunt videri obligatæ domino ædium cum quo non contraxi. Refragatur enim Juris principiis, ut ex conventione quam habui cum cœnaculario qui cœnaculum mihi ablocavit, jus aliquo domino ædium potuerit acquiri: nec enim alteri per liberam personam acquiri potest. Ad hanc objectionem ita respondet: Quum intuli res meas in cœnaculum, videtur tacite inter me et ipsum dominum ædium convenisse, ut Pignori essent pro parte pensionis ipsi a priore conductore debitæ, usque ad eam summam quam ego huic conductori deberem. Adeoque nihil refragatur Juris principiis. Hoc enim jus Pignoris non tribuit domino, pactio quam cœnacularius mecum habuit; *sed sua propria* qua mecum tacita de eo convenisse intelligitur, quum ego intuli mea frivola in ipsius ædes et ipse ea inferri passus est.

(4) Cœnacularius est, qui mihi cœnaculum ablocavit. *Cœnacularius* ex eo dicitur quia totas ædes conducit ut singula cœnacula inquilinis locet, quæstus faciendi causa. Dionys. Gothofr. ad l. 5. ff. *de His qui effuder.*

(5) Speciali voluntate, speciali pacto.

(6) Id est, expressi.

(7) Moris erat, inquilino pensionem non solvente, aperiri ædes; et describi a publicis officiis omnes res eo allatas, ac ab iisdem Officialibus obsignari; deinde præcludi ostium claustro vel consepto. Vid. l. 56. ff. *Locati*, l. 20. ff. *de Injuriis*, l. ult. Cod. Theod. *de Administr. tut.*

(8) Exhibendo servum per fenestram, et dicente domino teste populo se velle eum manumittere.

TITULUS III.

QUÆ RES PIGNORI VEL HYPOTHECÆ DATÆ, OBLIGARI NON POSSUNT.

CIRCA *hujus Tituli materiam quæremus*, 1.° *Quæ res Pignori dari possint necne*; 2.° *Quæ Pignori datæ intelligi debeant, quum generalis Hypotheca contracta est*; 3.° *Quæ Pignori alicujus rei accedant aut subrogentur, necne.*

ARTICULUS I.

Quæ res Pignori dari possint necne.

§ 1. *Quæ dari possint.*

I. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam Pignorationem recipere potest (1). *l.* 9. § 1. *ff. de Pign. et Hypoth.* GAIUS LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Et quidem 1.° Statuliber quoque dari Hypothecæ poterit; licet conditione existente evanescat Pignus. *l.* 13. § 1. *d. tit.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORM. HYPOTH.

2.° Etiam vectigale prædium Pignori dari potest. Sed et superficiarium quia hodie (2) utiles actiones superficiariis dantur. *l.* 16. § 2. *ff. de Pignerat. act.* PAUL. LIB. 29. AD ED.

(1) Modo tamen sit propria ejus qui Pignus constituit; quamvis emptionem recipiat etiam res aliena.

(2) Emphyteutis et superficiariis, utpote qui proprie non sint domini, Jure antiquo *Rei Vindicatio* non datur. Postea tamen receptum est ut utilis rei vindicatio eis daretur, ut vid. supra lib 6 Tit. 3. Cum igitur quasi domini habeantur, non mirum eos rem Pignori dare posse, salvo tamen jure vectigalis et solarii quod domino directo debetur.

Suffragatur Marcianus. Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem: sive tantum pactum conventum de Hypotheca intervenerit; sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit. *l.* 13. § 3. *de Pign. et Hypoth.* Marcian. lib. sing. ad form. Hypothec.

Cæterum cum sua causa tale prædium obligabitur. Unde Ulpianus: Etiam superficies in alieno solo posita, Pignori dari potest; ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. *l.* 15. *ff. Qui potiores in Pign.* Paul. lib. 68. ad Edict.

Et Sane Divi Severus et Antoninus rescripserunt, ut sine diminutione mercedis solis obligaretur. *l.* 17. *ff. de Pignerat. act.* Marcian. lib. sing. ad formul. Hypothec.

II. *Non solum res corporales, sed et incorporales Pignori dari possunt. V. G.* Ususfructus an possit Pignori Hypothecæve dari, quæsitum est; sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus libro 11 Responsorum, Tuendum creditorem (1): et, si velit cum creditore proprietarius agere Non esse ei jus uti-frui invito se, tali exceptione cum Prætor tuebitur Si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit ut ususfructus Pignori sit. Nam et eum emptorem ususfructus tuetur Prætor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio. *l.* 11. § 2. *ff. de Pignor. et Hypoth.* Marcian. lib. sing. ad formul. Hypothec.

III. Jura prædiorum urbanorum Pignori dari non possunt (2). Igitur nec convenire possunt ut Hypothecæ sint. *d. l.* 11. § *fin.*

Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus, Pignoris conventio locum habeat? Videndum esse Pomponius ait ut talis pactio fiat, ut, quandiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat); et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda (3) est. *l.* 12. *ff. de Pign. et Hypoth.* Paul. lib. 68. ad Ed.

IV. *Item Pignori dari potest Nomen. Quocirca* Si convenerit ut nomen debitoris mei Pignori tibi sit; tuenda (4) est a Prætore hæc conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me (si cum eo experiar) tueatur.

Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus; id quod acceperis, erit tibi Pignoris loco. *l.* 18. *ff. de Pignerat. act.* Paul. lib. 29. ad Ed.

Consonat quod rescribit Alexander. Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille cujus nomen tibi Pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id quod tibi deberi a creditore ejus probaveris compelletur; quatenus tamen ipse debet. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Et generaliter ex quacumque causa quid debeatur, hoc Pignori dari potest; et ex hac causa utiles actiones creditori pigneratitio dantur, ut in specie sequenti. Quum convenit ut is qui ad refectionem ædificii credidit, de pensionibus jure Pignoris ipse creditum recipiat; etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis (5) exemplo quam debitor creditori Pignori dedit. *l.* 20. *ff. de Pign. et Hypoth.* Ulp. lib. 64. ad Ed.

V. *Quin*Etiam id quod Pignori obligatum est, a creditore Pignori obstringi posse jam dudum placuit: scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur;

(1) Cui fructuarius usumfructum suum Pignori dederit. Non potest quidem fructuarius, ipsum jus ususfructus quod ipsius personæ cohæret alienare; ita nec oppignerare: verum sicut potest alii concedere et vendere facultatem percipiendi fructus vice sua, quæ ex eo jure ususfructus pendet; ita et hanc posse eum oppignerare nil vetat. Et eo sensu dicitur ususfructus posse oppignerari, quo sensu dicitur posse vendi. Secus obtinet circa servitutes prædiales (Vid. Not. ad N. seq.): Multo magis dominus proprietatis ut usumfructum rei suæ vendere, ita et oppignerare potest: nam et servitutes prædiales oppignerare potest. Vid. N seq.

(2) Scilicet, non solum jura quæ debitori in alienis ædibus jam constituta essent; sed nec posset dominus ædium concedere creditori, ut quasi Pignoris loco quamdam servitutem in ædibus suis haberet. Nam ex substantia Pignoris est, ut creditor possit Pignus distrahere. Tale autem Pignus non posset distrahere; cum ejusmodi jura puta *Pigni immittendi, fluminis* aut *stillicidii avertendi* aut *non avertendi*, nonnisi illi soli cui constituuntur, utilia esse soleant. Vid. Not. seq.

(3) Vinnius recte censet hanc legem non sic accipiendam ut servitus formalis, id est, jam constituta, possit Pignori dari ab eo cujus prædio debetur. Nam cum servitutes prædiis inhæreant, non potest debitor cujus prædio debetur concedere creditori suo citra consensum domini prædii servientis, ut possit uti servitute quæ non ipsius prædio, sed prædio debitoris debeatur. Hanc igitur legem sic accipiendam esse, ut debitor possit Pignoris loco concedere creditori (vicino scilicet) jus eundi vel agendi, quoad debitum solvatur, per fundum qui sit debitoris proprius; et etiam hoc jus distrahendi cuivis ex aliis vicinis quibus hoc jus utile esse potest. Et hæc quidem in servitutibus rusticis quarum usus per se latius patet, potestque pluribus vicinis prodesse et ideo distrahi; ad differentiam urbanarum in quibus vicinia strictius accipitur, ut vix creditori facultas esse posset eas jure Pignoris distrahendi. Addit Vinnius, etiam in servitutibus rusticis hoc contra strictam Juris rationem fieri, cum servitutes prædiales ad tempus constitui non debeant: verum propter utilitatem creditorum a Prætore tuendum.

(4) Si stricta Juris ratio attenderetur, nomina et cætera jura viderentur non posse oppignerari. Nam Pignus est jus quod creditori datur, possidendi rem in securitatem debiti; et distrahendi eam: Porro incorporalia non possidentur. Verum Prætor tuetur hæc Pignora; et tribuit ei ut quasi possideat nomen Pignori datum, quum ejus exactionem ipsi concedit.

(5) Id est, ad instar ejus quod obtinet, quum quis cautionem seu nomen Pignori dedit.

tandiuque cum is qui Jus repræsentat (1) tueatur, quandiu in causa Pignoris manet ejus qui dedit. *l.* 1. *Cod. Si Pign. Pignori.* Gordian.

Hoc autem Pignus sequenti creditori datum non consistit, nisi in quo consistit primum. Illud autem in quo consistit, sequens ille creditor æque distrahere poterit ac potuisset is qui illi Pignori dedit. Unde addit Gordianus, debitores qui primo loco Pignori dederunt alloquens : Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo Pignori dedistis; isque qui accepit, alii eam possessionem (2) cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit : creditor ejus, id in quo Pignoris vinculum non constitit distraheus, dominio vos privare nequivit. Quod si non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata; et ante exsolutam a domino pecuniam, creditor secundus Pignus acceptum vendidit; non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, Divorum Principum placitis continetur. *d. l.* 1. *Cod.*

Soluto autem ante distractionem ex lege Pignoris factam debito, pro quo primum constitutum fuit Pignus utrumque Pignus evanescit.

Unde Diocletianus et Maximianus : Si creditor possessionem quæ a parentibus tuis Pignoris jure fuerat obligata, non vendidit; sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri, poteris eam soluto eo quod ex hac causa creditori debetur, intercessu Præsidis provinciæ recuperare. *l.* 2. *Cod. Si Pignus Pign.*

Itaque si medio tempore Pignus creditor Pignori dederit; domino solvente pecuniam quam debuit, secundi Pignoris neque per se actio dabitur, neque retentio relinquetur. *l.* 40. § 2. § *itaque ff. de Pignerat. act.* Papin. lib. 3. respons.

VI. *His quæ diximus de effectu utriusque Pignoris quod modo recensuimus, scilicet quo Nomen aut quo Pignus datum esset Pignori, consonat quod ait Marcianus.*

Ita ille 1.° *de casu quo Pignus Pignori datum est :* Cum Pignori rem pigneratam accipi posse placuerit; quatenus utraque pecunia debetur, Pignus secundo creditori tenetur; et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam (3), Pignus quoque perimitur (4). *l.* 13. § 2. *ff. de Pignorib. et Hypoth.* Marcian. lib. sing. ad formul. Hypoth.

2.° *De effectu autem ejus Pignoris quo Nomen Pignori datur, idem addit :* Sed (5) potest dubitari, numquid (6) creditori, nummorum solutorum nomine utilis (7) actio danda sit; an non? Quid enim, si res (8) soluta fuerit? Et verum est quod Pomponius libro 7 ad Edictum scribit, Si quidem pecuniam debet is cujus nomen Pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum (9); si vero corpus is debuerit et solverit, Pignoris loco futurum apud secundum creditorem (10). *d.* § 2.

VII. *Vidimus quaslibet res tam corporales quam incorporales, posse Pignori subjici. Sed* Et quæ nondum sunt, futura tamen sunt Hypothecæ dari possunt; ut fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecorum, et ea quæ nascuntur, sint Hypothecæ obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu aut de his quæ nascuntur, sive is qui usumfructum habet : sicut Julianus scribit. *l.* 15. *ff. de Pign. et Hypoth.* Gaius lib. sing. de formul. Hypoth.

§ 2. *Quæ res Pignori dari non possint.*

VIII. *Generaliter* Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est; jure Pignoris accipere non potest, ut Divus Pius Claudio-Saturnino rescripsit. *l.* 1. § 2. Marcian. lib. sing. ad form. Hypothec.

Quod si ea res sit cujus commercium sit; etsi speciali Lege eam quis emere prohibeatur, non ideo videbitur prohiberi eam obligare. V. G. In quorum finibus emere quis (11) prohibetur, Pignus obligare non prohibetur. *l.* 24. *ff. de Pignor. et Hypoth.* Modest. lib. 5. regul.

IX. Quid ergo, si prædium quis litigiosum Pignori acceperit? An exceptione (12) summovendus sit? Et Octavenus putabat, etiam in Pignoribus locum habere exceptionem (13); quod ait Scævola libro 3 Variarum quæstionum, procedere ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat. *sup. d. l.* 1. *d.* § 2.

Maxime autem res divini juris pignerari non possunt. Unde Antoninus : Si monumento corpus fi-

(1) Id est, Magistratus.

(2) *Possessio* hic pro ipso fundo accipitur.

(3) Suo creditori, qui huic secundo Pignus suum Pignori dederat.

(4) Pignus secundi perimitur soluto Pignore primi.

(5) Cujacius recte notat hic incipere novum § qui non debuit cum superiore connecti. Nova enim species proponitur.

(6) Sensus est; numquid creditor qui nomen debitoris sui Pignori dedit creditori suo possit adversus hunc suum creditorem qui nomen exegit agere personali actione *Pignoratitia* nummorum nomine qui huic secundo creditori soluti sunt.

(7) Id est, efficax.

(8) Si nomen quod Pignori datum est, non erat pecuniæ, sed rei alicujus, quæ soluta est, huic secundo creditori.

(9) Creditor secundus qui eam accepit, hanc imputabit in id quod primus ipsi debebat. Si plus quam quod ipsi debebatur, acceperit; competet actio *Pignoratitia* primo creditori adversus eum in superfluum.

(10) Adeoque poterit primus, oblato quod debet, personali *Pignoratitia* actione rem condicere.

(11) Pone exemplum in Rectore provinciæ.

(12) Exceptione *Litigiosæ rei* : de qua videb. infra lib. 44. Tit. *de Litigios,*

(13) Atqui contra in l. 18. *de Rei vindic.* dicitur posse res litigiosas Pignori dari. Sed hoc accipiendum, si ex his causis litigiosa res detur ex quibus etiam alienari posset scilicet ex causa dotis, etc.

liæ tuæ intulisti, religiosum id fecisti; quo facto obligari a quoquam prohibente juris religione non posse, in dubium non venit. *l.* 3. *Cod. h. t.*

Idem dicendum de liberis hominibus. Hinc Diocletianus et Maximianus : Qui filios vestros vel liberos homines pro pecunia quam vobis credebat, Pignoris titulo accepit; dissimulatione se Juris circumvenit : cum sit manifestum, obligationem Pignoris non consistere nisi in his quæ quis de bonis suis facit obnoxia. *l.* 6. *Cod. h. t.*

Circa hoc nota quod Creditor qui sciens filiumfamilias a parente Pignori accepit, relegatur. *l.* 5. PAUL. LIB. 5. SENTENT.

Ex Novella CXXXIV. cadit debito.

X. *Circa eas res quæ possunt Pignori dari, superest observandum quod* Spem (1) eorum præmiorum quæ pro coronis athletis præstanda sunt, privata pactione pignorari minime admittendum est. Et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis Pignori obligandis intervenit, tenet. *l.* 5. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

Aliæ res quæ Pignori dari non possunt, recensentur infra lib. 44. *Tit.* de Re judicata.

ARTICULUS II.

Quæ res Pignori suppositæ intelligantur necne, quum generalis Hypotheca contracta est.

XI. Creditor Pignori accepit a debitore quidquid in bonis habet habiturusve esset. Quæsitum est, an corpora pecuniæ quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obligata creditori Pignoris esse cœperint? Respondit, Cœpisse. *l.* 34. § 2. *ff. de Pign. et Hypoth.* SCÆVOLA LIB. 27. DIGEST.

Si sciente et consentiente domino servus, ut omnia bona domini Pignori obligata essent, convenit; ipsum quoque qui cavit, obligatum esse Pignoris jure. *l.* 29. § 3. *d. tit.* PAUL. LIB. 5. RESPONS.

Circa hanc generalem Hypothecam Justinianus constituit ut, licet qui omnes res suas Pignori dedit non expresse dixerit tam præsentes quam futuras, tamen jus generalis Hypothecæ etiam ad futuras res producatur. l. fin. Cod. h. t.

XII. *Cæterum* Obligatione generali rerum quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur quæ verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse. Ut puta, suppellex, item vestis, relinquenda est debitori; et ex mancipiis, quæ in eo usu habebit ut certum sit eum Pignori daturum non fuisse. Proinde de ministeriis ejus perquam ei necessariis, vel quæ ad affectionem ejus pertineant (*l.* 6. *ff. de Pign. et Hypoth.* ULPIAN. LIB. 73. AD ED.); vel quæ in usum quotidianum habentur; Serviana non competit. *l.* 7. *d. tit.* PAUL. LIB. 68. AD ED.

Denique concubinam, filios naturales, alumnos, constitit generali obligatione non contineri; et si qua alia sunt hujusmodi ministeria. *l.* 8. *d. tit.* ULPIAN. LIB. 73. AD ED.

Sed et quod ad eas res quas eo tempore quo paciscebatur, in bonis habuit; idem observari debet. *l.* 9. *d. tit.* GAIUS. LIB. 9. AD ED. PROVINC.

Consonat quod rescribunt Severus et Antoninus : Alumnos tuos, et cæteras res quas neminem credibile est Pignori specialiter daturum fuisse, generali pacti conventione quæ de bonis tuis facta est, in causa Pignoris non fuisse rationis est. *l.* 1. *Cod. h. t.*

XIII. *Illud patet, in generali Hypotheca quam quis constituit, res ejus heredis contineri non posse.*

Unde Paulus respondit, Generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem Pignorum; sed ea quæ ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede ejus ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris. *l.* 29. *ff. de Pign. et Hypoth.* PAUL. LIB. 5. RESPONS.

ARTICULUS III.

Quæ res Pignori alicujus rei accedant substituanturve, necne.

XIV. *Quæ ex re pignerata apud eum qui eam obligavit nascuntur, hujus rei Pignori accedunt.*

V. G. Partus pigneratæ ancillæ, in pari causa esse qua mater est, olim placuit. *l.* 1. *Cod. de Partu Pign.* ALEXANDER.

Item Paulus : Si mancipia in causam Pignoris ceciderunt; ea quoque quæ ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt.

Quod tamen diximus etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non : ita procedit si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit, vel heredem ejus. Cæterum si apud alium dominum pepererint (2), non erunt obligata. *l.* 29. § 1. *ff. de Pign. et Hypoth.* PAUL. LIB. 5. RESPONS.

XV. *Si ea quæ ex re pignerata nascuntur, sequi debent causam Pignoris; a fortiori ea quæ rei pigneratæ uniuntur et consolidantur.*

Igitur Si nuda proprietas Pignori data sit; ususfructus qui postea accreverit, Pignori erit. Eadem causa est alluvionis. *l.* 18. § 1. *ff. de Pignerat. act.* PAUL. LIB. 28. AD ED.

Hinc Si fundus Hypothecæ datus sit, deinde alluvione major factus est; totus obligatur. *l.* 16. *ff. de Pign. et Hypoth.* MARCIAN. LIB. SING. AD FORM. HYPOTHEC.

(1) Spem vetat obligari; ne athleta qui eam spem obligasset, deterreretur a certando : non ipsa præmia prohibentur obligari, postquam athleta ea consecutus est.

(2) Et conceperint. Sic concilia hunc textum cum l. 18. § 2. ff. *de Pignerat. act.* quæ refertur infra Tit. *Quibus modis. Pign. solv.* N. 16. Ita Cujacius ad d. l. 18.

Domo Pignori data, et area ejus tenebitur: est enim pars ejus. Et contra, jus soli sequitur ædificium. *l.* 21. *ff. de Pignerat. act.* PAUL. LIB. 6. BREVIUM.

Unde Si insula quam tibi ex pacto convento licoit vendere, combusta est; deinde a debitore suo restituta, idem io nova insula juris habes. *l.* 35. *ff. de Pign. et Hypothecis.* LABEO LIBRO 1. PITHANON A PAULO EPITOMATORUM.

Idem esse etsi ab alio quam debitore restituta fuerit, docet Paulus. Domus Pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et extruxit. Quæsitum est de jure Pignoris. Paulus respondit, Pignoris persecutionem perseverare (1) et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est, cum jure Pignoris. *l.* 29. § 2. *ff. de Pign. et Hypoth.* PAUL. LIB. 5. RESPONS.

Nota: Sed bona fide possessores non aliter eogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumptus in extructione erogatos quatenus pretiosior res facta est, reciperent. *d.* § 2.

XVI. *Denique circa Pignus eorum quæ in universitate quadam rerum sibi succedentium consistunt, observandum est; eas res quæ aliis succedunt, in causam Pignoris succedere.*

Unde Cum tabernam debitor creditori Pignori dederit, quæsitum est utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces quæ in ea erant obligasse videatur? Et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit; et decesserit: an omnia quæ ibi deprehenduntur, creditor Hypothecaria actione petere possit; cum et mercium species mutatæ sint, et res aliæ illatæ? Respondit: Ea quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, Pignori obligata esse videntur. *l.* 34. *ff. de Pign. et Hypothec.* SCÆVOLA LIB. 27. DIGEST.

Simili ratione Grege Pignori obligato; quæ postea nascuntur, tenentur. Sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, Pignori tenebitur. *l.* 13. *d. tit.* MARCIAN. LIB. SING. AD FORM. HYPOTHEC.

Dissimilis est sequens species. Lucius Titius prædia, et mancipia quæ in prædiis erant, obligavit. Heredes ejus prædiis inter se divisis, illis mancipiis defunctis alia substituerunt. Creditor postea prædia cum mancipiis distraxit. Quæritur an ipsa mancipia quæ sunt modo in prædiis constituta (hoc est, in Hypothecis) emptor vindicare recte possit? Modestinus respondit, Si neque pignerata sunt ipsa mancipia, neque ex pigneratis ancillis nata; minime creditoribus obligata (2) esse. *l.* 26. § 2. *d. tit.* MODESTIN. LIB. 4. RESPONS.

XVII. *Vidimus quæ res Pignori alicujus rei accedant aut substituantur. Jam videndum quæ non accedant.*

Et 1.° *Quod ex re quæ Pignori datur, jam editum erat tempore quo res obligatur. Hoc sensu accipe quod ait Paulus:*

Fœtus (3) vel partus ejus rei quæ Pignori data est, Pignoris jure non tenetur; nisi hoc inter contrahentes convenerit. PAUL. SENT. *lib.* 2. *tit.* 5. § 2.

2.° Servo Pignori dato, peculium ejus creditor citra conventionem specialiter super eo conceptam frustra distrahit. Nec interest quando servus domino peculium acquisierit. *l.* 1. § 1. *ff. de Pign. et Hypoth.* PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

3.° *Quod ex pecunia pignerata comparatum est, non subrogatur Pignori hujus pecuniæ.*

Hinc Si tibi quæ habiturus sum, obligaverim; et Titio (4) specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit; mox dominium ejus acquisiero: putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in Pignore, non enim (5) multum facit quod de suo nummos debitor dederit; quippe cum res ex nummis pigneratis empta, non sit pignerata ob hoc solum quod pecunia pignerata erat. *l.* 7. § 1. *ff. qui potiores.* ULP. LIB. 3. DISPUT.

Multominus trahetur jus Pignoris ad res ex pretio fructuum rei pigneratæ comparatas. Unde Alexander: Quamvis fructus Pignori datorum prædiorum etsi id aperte non sit expressum, et ipsi Pignori credantur taeita pactione inesse: prædia tamen quæ emuntur ex fructuum pretio, ad eamdem causam venire nulli Prudentium placuit. *l.* 3. *Cod. In quib. caus. Pign. tacit.*

(1) Nam nova insula accedit areæ, quæ tibi jure Pignoris nexa est.

(2) Non enim, ut in superiori specie, obligavit aliquid quod in quadam universitate indeterminata consisteret; sed ipsa mancipia quæ tunc erant determinata obligavit.

(3) De his qui post obligationem nascuntur, accipi hanc sententiam non patet ex his quæ tradita sunt supra N. 14.

(4) Eodem tempore scilicet. Ita Barthol. Bald. Gothofr.

(5) Id est, nec obstat quod fundus fuerit emptus ex pecunia quæ tibi soli obligata erat. Non enim ideo videri debet fundus pecuniæ subrogandus in causa Pignoris.

TITULUS IV.

QUI POTIORES IN PIGNORE VEL HYPOTHECA HABEANTUR; ET DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

Circa *hanc materiam duæ vulgatissimæ regulæ traduntur. Prima est:* Qui prior est tempore, potior est Jure.

Altera: Qui concurrunt tempore, concurrunt jure.

SECTIO I.

De regula: Qui prior est tempore, potior est jure.

Quæ ad hanc regulam pertinent, hoc ordine tractabuntur. Videamus 1.º Quis prior tempore intelligi debeat; 2.º In quibus Pignorum speciebus, pro quo debito, et adversus quos hæc prioritas prosit; 3.º De hujus prioritatis effectu. Denique referemus exceptiones quas hæc regula patitur.

ARTICULUS I.

Quis in re pignerata prior tempore intelligi debeat.

Potest quis in re pignerata prior tempore esse, aut proprio jure, aut succedendo in alterius locum, vel etiam in suum. Hæc tria percurrendo, videbimus quibus modis prioritas acquiratur. In § 4. *recensebimus ea quæ non attenduntur ut quis prior tempore intelligi debeat.*

§ 1. *Quis proprio jure prior videatur.*

I. *Is in re pignerata prior tempore est cum quo prius convenit ut ipsi pignori nexa foret. Et modo hac conventione desierit esse in arbitrio debitoris, an foret res obligata necne; nil refert utrum hæc conventio pura sit, an in diem, aut etiam sub conditione.*

Unde si in diem de Hypotheca convenit (1), dubium non est quin potior sit; licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit. *l.* 12. § 2. ¶ *unde si* Marcian. lib. singul. ad formul. Hypothec.

Hinc Africanus: Qui balneum ex Kalendis proximis (2) conduxerat, pactus erat ut homo Eros Pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Julias eumdem Erotem alii ob pecuniam creditam Pignori dedit. Consultus an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem Prætor tueri deberet? Respondit, Debere. Licet enim eo tempore homo Pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur; quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse cœpisset ut invito locatore jus Pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus causam habendam. *l.* 9. African. lib. 8. quæst.

Amplius etiam; sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum cui postea quicquam deberi cœperit: si modo non ea conditio sit, quæ invito debitore impleri non possit. *d. l.* 9. § 1.

Igitur: Sed et si heres ob ea legata quæ sub conditione data erant, de Pignore rei suæ convenisset; et postea eadem ipsa Pignora ob pecuniam creditam Pignori dedit; ac post conditio legatorum extitit; hic quoque tuendum eum cui prius Pignus datum est, existimavit. *d. l.* 9. § 2.

Suffragatur Gaius. Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, Hypotheca data sit; qua pendente alius credidit pure, et accepit eamdem Hypothecam; tunc deinde prioris stipulationis existat conditio; ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. Quum enim semel conditio extitit; perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et melius est. *l.* 11. § 1. Gaius lib. sing. de formul. Hypothec.

II. *Dictis consonat Papinianus.* Qui dotem pro muliere promisit, Pignus sive Hypothecam de restituenda sibi dote accepit. Subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eamdem rem Pignori alii dedit; mox residuæ quantitatis numeratio impleta est. Quærebatur de Pignore? Cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur; non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis. Nec probe (3) dici, in potestate ejus esse ne pecuniam

(1) Cum priore creditore.

(2) Juliis scilicet; ex quibus fieri solebant conductiones.

(3) Hæc objectio fieri poterit. Hypotheca computari non debet, nisi ex quo desiit esse in potestate debitoris an debitor futurus esset; adeoque an res futura esset pignerata. Atqui quandiu viro pars pecuniæ numerata non fuit, videtur in potestate viri fuisse ut hujus reddendæ debitor non foret; scilicet rem non accipiendo. Ergo videtur diem Pignoris computari non posse antequam fuerit numerata. Hanc autem objectionem Jurisconsultus diluit; negando in potestate mariti fuisse ut eam pecuniam non acciperet, adeoque ut hujus reddendæ debitor non foret.

Etsi enim in suum præjudicium posset eam non accipere, non posset in præjudicium mulieris.

residuam redderet; ut minus dotata mulier esse videatur. *l.* 1. PAPIN. LIB. 8. QUÆST.

III. *Quamdiu autem mansit in potestate ejus qui Pignus constituit, ut res non esset Pignori nexa, non potest videri Pignus constitutum.*

Hinc statim subjicit Papinianus: Alia causa est ejus qui Pignus accepit ad eam summam quam intra diem certam numerasset; ac forte priusquam numeraret, alii res Pignori data (1) est. *d. l.* 1. § 1.

Similiter Gaius: Potior est in Pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit Hypothecam; quamvis cum alio ante convenerat ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata; licet ab hoc postea accepit. Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. *sup. d. l.* 11.

Hoc adhuc patet ex specie sequenti. Si colonus convenit ut inducta in fundum, illata, ibi nata, Pignori essent; et antequam inducat, alii rem Hypothecæ nomine obligaverit; tunc deinde eam in fundum induxerit: potior erit qui specialiter pure accepit; quia non ex conventione (2) priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est: quod posterius factum est. *d. l.* 11. § 2.

IV. *Illud observandum, quod ex scriptura privata nemo tempore prior cæteris probari potest; nisi scriptura trium probatæ opinionis testium attestatione fuerit munita. Ita post Leonem sancivit Justinianus*: l. penult. Cod. h. t. *juncta Authentica sequenti.*

§ 2. *Quomodo quis in alterius locum et Pignus succedat.*

V. *Qui pecuniam suppeditavit ut priori creditori solvatur, ea lege ut in Pignus hujus prioris creditoris succedat; solutione priori creditori facta, in jus hujus succedit, et mediis creditoribus præfertur.*

Hoc docet Marcianus. Ita ille: A Titio mutuatus, pactus est cum illo ut ei prædium suum Pignori Hypothecæve esset. Deinde mutuatus est pecuniam a Mævio; et pactus est cum eo ut, si Titio desierit prædium teneri, ei teneatur. Tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi; ut Titio solveres; et paciscitur tecum, ut idem prædium ei Pignori Hypothecæve sit, et locum ejus subeat. Num hic medius tertio potior est, qui pactus est ut Titio soluta pecunia impleatur conditio? Et tertius de sua negligentia (3) quæri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo præferendus (4) est. *l.* 12. § 8. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Similiter Si tertius creditor Pignora sua distrahi permittit, ad hoc ut priori pecunia soluta in aliud Pignus priori succedat; successurum eum Papinianus libro 11 Responsorum scripsit. Et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori, et loco ejus succedat. *d. l.* 12. § 9.

VI. *Meminisse autem oportet quod* Non omnimodo succedunt in locum Hypothecarii creditoris, hi quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, quum is qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat ut idem Pignus ei obligetur, et in locum ejus succedat. Quod cum in persona tua factum non sit (judicatum est enim te Pignora non accepisse); frustra putas (5) tibi auxilio opus esse Constitutionis nostræ ad eam rem pertinentis. *l.* 1. *Cod. de His qui in prior. creditor.* SEVERUS ET ANTONIN.

Consonat quod rescribit Antoninus: Si quum pecuniam pro marito solveres, neque jus fisci in te transferri impetrasti, neque Pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accepisti; habes personalem (6) actionem. Nec potes præferri fisci rationibus, a quo dicis ei vectigal denuo locatum esse; cum eo pacto universa quæ habet habuitve eo tempore quo ad conductionem accessit, Pignoris jure fisco teneantur. Salva igitur indemnitate fisci, debitorem tuum pro pecunia quam pro eo solvisti, more solito convenire non prohiberis. *l.* 3. *Cod. de Privileg. fisci.*

Et quidem Aristo Neratio-Prisco scripsit: Etiamsi ita contractum sit ut antecedens dimitteretur; non aliter in jus Pignoris succedet, nisi convenerit ut eadem res esset obligata. Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de Pignore: quo casu emptori causa melior efficietur. *l.* 3. *ff. Quæ res Pign.* PAUL. LIB. 3. QUÆST.

VII. *Igitur recte notat Cujacius, hoc pactum de succedendo in jus Pignoris subaudiendum esse in sequenti Rescripto Antonini.* Cum pro patre in cujus potestate non eras, pecuniam fisco intuleris; et jure, privilegio ejus successisti; et ejus locum cui pecuniam numerasti, consecutus es. Nec hi creditores patris tui qui personalem habuerunt actionem vel cum eo postea sub Pignoribus contraxerunt, Pignora tua te ignorante distrahendo juri tuo aliquid derogaverunt. Unde intelligis, si quid tuo nomine te absente ab actoribus tuis

(1) Nam in hac specie; qui Pignus constituerat, in potestate habebat an acciperet pecuniam necne, poteratque eam non accipiendo non esse hujus debitor: adeoque in potestate ejus erat an Pignus consisteret necne, cum non possit consistere nisi subsit debitum.

(2) Id est, *Non ex conventione* duntaxat, sed ex illatione in fundum, hæc res poterat obligari. Mansit autem in potestate coloni ut hanc rem non inferret in fundum; adeoque mansit in ejus potestate, ut non foret Pignori nexa.

(3) Id est, quod non diligentius inquisierit num aliis quam primo res pignerata foret.

(4) Sed nonne extitit conditio sub qua secundo creditori res nexa est? Minime: nam jus Titii potius ad tertium translatum est, quam extinctum est.

(5) Frustra invocas auxilium Constitutionis nostræ quæ ad eam rem pertinet; id est, quæ statuit ut posterior qui priorem dimisit, in jus ejus succedat.

(6) Duntaxat.

solutum est; ut indebitum numeratum restitui, Pignorataque tibi nexa persequi te posse. *l.* 2. *Cod. de His qui in prior.*

Simile pactum subaudiendum etiam est in specie de qua Paulus respondit, Eum qui a debitore suo prædium obligatum comparavit, eatenus tuendum (1) quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit. *l.* 17. Paul. lib. 6. respons.

Sic etiam accipiendum quod rescribit Alexander: Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio quam emisse te dicis ita (2) ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: in jus eorum successisti; et contra eos qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes. *l.* 3. *Cod. de His qui in prior.*

VIII. *Diximus eum cujus pecunia prior creditor dimissus est, succedere in ejus Pignus; modo pactus sit ut res sibi Pignori esset. Non potest autem utiliter hoc pacisci cum debitore, nisi quandiu debitor est dominus rei.*

Hinc Si debitor rem Pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori cui Pignus dederat; tibique cum eo convenit ut ea res quam jam vendiderat, Pignori tibi esset: nihil te egisse constat; quia rem alienam Pignori acceperis. Ea enim ratione emptorem Pignus liberatum habere cœpisse, neque ad rem pertinuisse quod tua pecunia Pignus sit liberatum. *l.* 2. *ff. de Pignerat. act.* Pompon. lib. 6. ad Sabin.

IX. *Hactenus de illo qui, ad dimittendum priorem creditorem, pecuniam debitori suppeditavit ea lege ut in Pignus ejus succederet.*

Similiter in Pignus prioris creditoris succedit, is cui ipse creditor jus sui nominis cessit. Tenetur autem illud cedere correis, fidejussoribus, mandatoribus, a quibus suum recipit: ut videb. Tit. de Fidejuss. et mandat. *infra lib.* 46. *Item possessori rei Pigneratæ, a quo debitum reciperet.*

Hinc Scævola: Mulier in dotem dedit marito prædium Pignori obligatum; et testamento, maritum et liberos ex eo natos, item ex alio, heredes instituit. Creditor, quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit. Quæro an, si ei justus possessor (3) compellendus sit jus nominis cedere? Respondi, Posse videri non injustum postulare. *l.* 19. Scævola lib. 5. respons.

Cæterum possessor qui creditori exsolvit, ita demum in jus ejus succedit si ea lege solverit.

Hinc Marcianus: Si, quoniam non restituebat rem pigneratam possessor, condemnatus [ex præfatis modis] litis æstimationem exsolverit; an perinde secundo creditori tenentur, ac si soluta sit pecunia priori creditori, quæritur? Et recte puto hoc admittendum (4) esse. *l.* 12. § 1. Marcian. lib. singul. ad formul. Hypoth.

X. *Est adhuc casus in quo quis in jus prioris creditoris succedit. Potest enim secundus creditor offerendo priori quod ipsi debetur, in jus ejus succedere.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Si prior Respublica contraxit, fundusque ei est obligatus; tibi secundo creditori offerenti (5) pecuniam, potestas est ut succedas (6) etiam in jus Reipublicæ. *l.* 4. *Cod. de His qui in priorum cred.*

Offerre autem sufficit illud debitum pro quo prior creditor te antecedit; non quod ei ex alia causa debeatur.

Hoc docet Tryphoninus. Quærebatur: Si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seïus credidisset quinquaginta; et hyperocham (7) hujus rei quæ tibi pignori data esset, debitor obligasset; debinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta, an tibi in quadraginta cederet Pignoris hyperocha? Finge Seïum paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. Dixi, consequens esse ut Seïus potior sit in eo quod amplius est in Pignore; et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque ejus, postponatur primus creditor in summam quam postea eidem debitori credidit. *l.* 20. Tryphon. lib. 8. disput.

Circa hunc qui priori creditori offerendo in jus ejus succedit, illud observa; quod usurarum quas solvit, usuras a debitore non consequitur. Ita Marcianus: Sciendum est, secundo creditori rem teneri etiam invito debitore, tam in suum debitum quam in primi creditoris; et in usuras suas, et quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum quas creditori primo solvit, usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Papinianus libro 3 Responsorum scripsit: et verum est. *l.* 12. § 6. Marcian. lib. singul. ad formul. Hypothec.

(1) Emptor rei pigneratæ cujus pecuniæ prior creditor dimissus est ut in jus ejus succederet, proprie non habet eam rem Pignori; cum res sua nemini Pignori esse possit. Tamen perinde eum tuetur Prætor adversus posteriores creditores, atque tueretur priorem creditorem in cujus jus successit; si tamen ea lege solvit; alias non: infra N. 9.

(2) Id est, ea lege ut pretium perveniret ad priores creditores, et in jus eorum succederes.

(3) Quinetiam et si qualiscumque possessor. l. 12. § 1. ff. Quib. mod. pign. solv.

(4) Possessor igitur hoc casu non succedit in jus prioris creditoris qui litis æstimationem solvit; quia non solvit ea lege ut succederet.

(5) Et si nollet eam accipere, deponenti: l. 1. Cod. *Qui potiores*; quam videb. Tit. seq. N. 8.

(6) Citra ullam conventionem.

(7) *La plus-value.*

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi Pignus; et a debitore sortem, ejusque tantum usuras quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest. *l.* 22. *Cod. de Pign. et Hypoth.*

XI. *Vidimus quibus casibus quis in prioris creditoris jus succedat, mediosque creditores vincat. Non succedit autem quis in locum primi creditoris, ut mediis creditoribus præponatur ex eo solo quod primum creditorem vicit : ut in specie sequenti.*

Claudius-Felix eumdem fundum tribus obligaverat, Eutychianæ primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Cum Eutychiana de jure suo (1) doceret, superata apud judicem a tertio creditore, non provocaverat. Torbo apud alium judicem victus appellaverat (2). Quærebatur utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem; an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane (3) quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit; in locum ejus substituitur in ea quantitate quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere. Mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam : numquid adversus Turbonem qui secundo loco crediderat, tertius creditor qui primam vicit; exceptione Rei judicatæ uti potest (4)? Aut contra si post primum judicium in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor [contra] tertium obtinuerit; poterit uti exceptione Rei judicatæ adversus primam (5) creditricem? Nullo modo, ut opinior. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit; nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet. Sed sine præjudicio prioris Sententiæ, totum jus alii creditori integrum relinquitur. *l.* 16. PAUL. LIB. 3. QUÆST.

§. 3. *Quomodo quis ipse sibi in suum locum succedat.*

XII. Creditor (6) acceptis Pignoribus quæ secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta Pignora prioribus addidit. Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti. *l.* 3. PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

Consonat quod docet Scævola. Titius Seïæ ob summam qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quæ habebat; quæque habiturus esset. Postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit; et intulit Seiæ partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de Pignore convenit. Quæsitum est an Seïa præferenda sit fisco, et in illis rebus quas Titius tempore prioris obligationis habuit? Item in his rebus quas post priorem obligationem acquisiit (7), donec universum debitum suum consequatur? Respondit, Nihil proponi cur non sit præferenda. *l.* 21. SCÆVOL. LIB. 27. DIGEST.

Pariter Papinianus libro 11 respondit, Si prior creditor postea novatione facta, eadem Pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere. *l.* 12. § 5. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORM. HYPOTHEC.

Nota, Sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere : ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit; et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat. *d.* § 5.

§ 4. *De iis quæ non attenduntur ut quis prior intelligi debeat.*

XIII. *Ut quis prior tempore in Pignore intelli-*

(1) Probabilis est emendatio Cujacii qui legit *non doceret ;* hoc sensu, quia non ediderat instrumenta quibus probaret jus suum prioris Hypothecæ.

(2) Forte ad Papinianum, cui Paulus cum aliis assidebat : ut in l. *Lecta est.* 40. ff. *de Rebus cred. supra relata Tit. de Pactis.* N. 38.

(3) Hac ratione nitebantur qui tertium secundo præferendum censebant. Postremus creditor, inquiebant, quum in primi creditoris locum successit dimittendo eum sua pecunia, præfertur mediis creditoribus : ergo, et in hoc casu debet secundo præferri; cum, vincendo primum, videatur in ejus locum successisse. Falsum est hoc argumentum. Solutio facit quidem ut postremus qui solvit primo, succedat in ejus locum : ideo enim fit hæc solutio ut succedat, et primus omnino non remanet creditor. Verum Sententia qua postremus vicit primum, non facit ut in ejus locum succedat. Nec enim vincit ut in ejus locum succedat, sed quia causa ejus melior esse judicatur; quæ res judicata, non potest ei prodesse nisi adversus eum contra quem lata est, non adversus alios. Quapropter merito Paulus hanc sententiam improbat.

(4) Hoc primo exemplo probat Paulus; victoriam tertii adversus primum, non debere ei prodesse adversus secundum.

(5) Hoc altero exemplo probat, primum creditorem qui victus est a tertio, nihilominus remanere creditorem respectu aliorum; adeoque dici non posse tertium in ejus locum successisse.

(6) Species legis hæc est. Priori conventione debitor a Titio mutuatus pecuniam, certa Pignora ei dedit. Secunda conventione eadem Pignora dedit Mævio. Tertia conventione Titius novavit priorem debitoris sui obligationem in aliam, acceptis iisdem Pignoribus et simul aliis. Quæritur an in Pignoribus jure potior sit Mævio? Ratio dubitandi; quod posteriori tempore ex hac nova conventione Pignora accepit. Ratio decidendi est, quod Titius sibi ipse successerit in jus prioris Pignoris quod ex prima conventione habebat.

(7) Antequam tamen Pignus fisco constitutum esset. Nam in his quæ postea acquisierit, fiscus occurrit; ut videbimus infra N. fin. h. t. quem vid. cum Notis.

gatur; inspicitur duntaxat quis prior convenerit de Pignore, non quis sit antiquior creditor.

Unde Si primos qui sioe Hypotheca credidit, post secundum qui utrumque fecit, ipse Hypothecam accepit; sine dubio posterior in Hypotheca est. *d. l.* 12. § 2.

Et quidem posterior creditor qui ab herede res tam hereditarias quam heredis Pignori accepit, præfertur etiam in hereditariis rebus ei qui absque Hypotheca cum defuncto contraxit.

Hinc rescribit Antoninus. Cum Rempublicam Heliopolitanorum propter emolumentum Sententiæ in rerum tam heredis quam hereditariarum possessionem missam esse proponas: intelligis, quamvis pater tuus cum Sosiano contraxerit; tamen, si persoonali actione eum habuit obligatum, præponi Rempublicam jure Pignoris in his quæ (ex auctoritate ejus qui jubere potuit) servandi judicati causa occupavit. *l.* 3. *Cod. h. t.*

XIV. *Ad prioritatem nil refert etiam quis prior convenerit de Hypotheca vendenda, aut cui priori tradita sit; sed duntaxat inspicitur quis prior de Hypotheca constituenda convenerit.*

Hinc Si priori Hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit; posterior vero de Hypotheca vendenda convenerit: verius est priorem potiorem esse. Nam et in Pigoore placet, si prior convenerit de Pignoro, licet posteriori res tradator, adhuc potiorem esse priorem. *l.* 12. § 10. MARCIAN. LIB. SINGULAR. AD FORMUL. HYPOTHEC.

XV. *Ad prioritatem nil refert etiam, generalis an specialis sit Hypotheca.*

Nam Qui georaliter bona debitoris Pignori accepit eo potior est cui postea prædium ex his bonis datur; quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit.

Quod si ea conventio prioris foit, ut ita demum certa (1) bona Pignori haberentur, si pecunia de his quæ generaliter accepit servari noo potuisset: deficiente secunda conventione, secundus creditor in Pignore (2) postea dato non tam potior quam solus invenietur. *l.* 2. PAPINIAN. LIB. 3. RESPONS.

His quæ diximus consonat quod Valerianus et Gallienus rescribunt. Si generaliter bona sunt obligata, et postea res alii specialiter Pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor qui antea contraxit; si ab illo priora tempore tu comparasti, noo oportet to ab eo qui postea credidit inquietari. *l.* 6. *Cod. h. t.*

ARTICULUS II.

In quibus Pignorum speciebus, necnon cui et adversus quem hæc prioritas prosit, et pro quo debito.

§ 1. *In quibus Pignorum speciebus sit huic prioritati locus.*

XVI. *Non solum in Pignoribus conventionalibus,* Qui prior est tempore, potior est jure; *sed in judicialibus.*

Unde Ulpianus. Si et jure judicatom, et Pignus in causa judicati ex auctoritate ejus qui jubere potuit captum est; privilegiis temporis fore potiorem heredem ejus, io cujus persooa Pignus constitutum est (3) *l.* 10. ULP. LIB. 1. RESPONS.

Sed et in Prætorio Pignore prioritas temporis valet adversus eos qui postea ex causa judicati aut conventionis Pignus sibi constitutum contenderent.

Enimvero ita rescribit Antoninus. Si decreto Prætoris qui de fideicommisso Jus dixit, in possessionem fundi hereditarii, fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarios vester in causam judicati, ejusdem fundi Pignus occupaverit jossu ejus qui Jure Sententiam exeqoebatur; tempore potiores estis. Nam quum de Pignore utraque pars contendit, prævalet jure qui prævenit tempore. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Inter plures autem creditores in possessionem missos, non attenditur quis missus prior fuerit: ut videb. Tit. de Reb. auctor. judic. possidend. *infra lib.* 42.

XVII. *Non solum in Pignoribus quæ jure constituta sunt, sed et in eis quæ non jure constituta utilem duntaxat actionem pariunt, hæc prioritas attenditur; scilicet inter eos qui ab eodem Pignus accepissent.*

V. G. Si non dominus duobus eamdem rem diversis temporibus pigneraverit; prior potior est: quamvis, si a diversis non dominis Pignus accipiamus, possessor melior (4) sit. *l.* 14. PAUL. LIB. 14. AD PLAUT.

XVIII. *Illud evidens est, huic quæstioni de prioritate Pignoris locum esse non posse, inter creditores quibus vel diversæ res vel etiam diversæ ejusdem rei partes obligatæ sunt.*

(1) Ita leguot Græci; ita Ant. Faber. Vulgo male legitur, *cætera*. Si enim retineatur hæc lectio [*cætera*]; mox io linea sequenti, pro *generaliter*, legendum esset *specialiter*; et infra quod dicitur de *Pignore postea dato*, intelligendum esset de Piguore generali.

(2) Horum certorum bonorum.

(3) Nec obstat lex 61. ff. *de Re judic.* IN JUDICATI *actione non prius ratio haberi debet ejus qui prior reus condemnatus fuerit.* Ille enim lex loquitur de sola condemoationis causa; quæ donec executioni mandata sit, et Pignora capta, quemadmodum nullam Hypothecam, ita nec ullam dabet prioritatem creditori cui prius reos condemnatus erat. Hæc vero lex loquitur de Pignore ex causa condemnationis capto.

(4) Idem dicitur circe actionem Publicianam. Vid. supra lib. 6. Tit. *de Publ. in rem act.*

Hinc Papinianus. Post (1) divisionem regionibus factam inter fratres; convenit ut, si frater agri portionem pro indiviso Pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quæsitæ partis partem dimidiam alter distraheret (2). Pignus intelligi contractum existimavi: sed priorem secundo non esse potiorem; quoniam secundum Pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare. *l.* 3. § 2. PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

§ 2. *Pro quo debito hæc prioritas prosit.*

XIX. *Prioritas prodest creditori non solùm pro sorte, sed et pro usuris, etiam iis quæ cucurrerunt postquam secundo creditori res fuisset obligata.*

Hoc docet Scævola. Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis Pignoribus; eidemque debitori Mævius sub iisdem Pignoribus pecuniam dedit. Quæro an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine quæ accesserunt antequam Mævius crederet; sed etiam earum quæ postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne quod ei debetur, potiorem esse. *l.* 18. SCÆVOLA LIB. 1. RESPONS.

XX. *Quod si is qui prior Pignus accepit, postea ex alia causa creditor factus fuerit; ejus prioritas ad hanc novam causam non trahetur.*

V. G. Si idem bis, id est, ante secundum et post eum, crediderit; in priore pecunia potior est secundo, in posteriore tertius est. *l.* 12. § 3. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

§ 3. *Adversus quos prioritas prosit.*

XXI. *Adversus quosvis creditores hæc prioritas prodest; etiam adversus Rempublicam, ut rescribit Antoninus.* Si fundum Pignori accepisti antequam Reipublicæ obligaretur; sicut prior es tempore, ita potior es jure. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Item Alexander: Si ignorante vel invito te, debitor tuus qui universa bona sua ob pecuniam debitam tibi obligaverat, cum Republica postea contraxit; jus tuum non læsit. *l.* 3. *Cod. de Remiss. Pign.*

XXII. *Quinetiam Cæsari et fisco præfertur, ut in specie sequenti.* Negotiatori marmorum creditor sub Pignore lapidum quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperunt, numeravit. Idem debitor conductor horreorum Cæsaris fuit: ob quorum pensiones aliquot annis non solutas, procurator exactioni præpositus ad lapidum venditionem officium suum extendit. Quæsitum est, an jure Pignoris eos creditor retinere possit? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, posse. *l.* 21. § 1. SCÆVOLA LIB. 27. DIGEST.

Item Ulpianus: Si Pignus specialiter Respublica acceperit; dicendum est præferri eam fisco debere: si postea, fisco debitor obligatus est; quia et privati præferuntur. *l.* 8. ULP. LIB. 7. DISPUT.

Hinc Antoninus: Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus; tamen si, priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit; jus fisci causam tuam prævenit. Quod si post bonorum ejus obligationem rationibus meis cœpit esse obligatus; in ejus bona cessat privilegium fisci. *l.* 2. *Cod. de Privil. fisci.*

Non prodest autem prioritas adversus eos creditores qui privilegiatam Hypothecam habent: de qua re infra Art. 4.

ARTICULUS III.

De effectu prioritatis in Pignore.

XXIII. Creditor qui prior Hypothecam accepit, sive possideat eam et alius vindicet Hypothecaria actione; exceptio priori utilis est, SI NON MIHI ANTE PIGNORI HYPOTHECÆVE NOMINE SIT RES OBLIGATA.

Sive alio possidente prior creditor vindicet Hypothecaria actione; et ille excipiat, SI NON CONVENIT UT SIBI RES SIT OBLIGATA; hic in modum supra relatum (3) replicabit.

Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget; et adjudicari ei poterit Hypotheca: ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem. *l.* 12. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMULAM. HYPOTHECARIAM.

XXIV. *Ita demum tamen posteriori creditori prior auferre potest Pignus sibi generaliter obligatum; si prior alia Pignora sibi specialiter obligata non habeat, unde ipsi satisfieri possit. Ita enim rescribunt Severus et Antoninus:* Quamvis constet specialiter quædam et universa bona generaliter adversarium tuum Pignori accepisse, et æquale jus in omnibus habere; jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque, si certum est posse eum ex his quæ nominatim ei Pignori obligata sunt, universum redigere debitum; ea quæ postea ex iisdem bonis Pignori accecurrimus: nam in diversis regionis quæ tibi obtigit partibus Pignora nostra consistunt; obligare enim ei non potuisti, nisi partem quam ante divisionem habebas; mihi autem alteram partem quam ei obligare non potuisti, videris obligasse.

(1) Hæc species legis. Antequam divideremus fundum communem, obligasti partem tuam quam pro indiviso habebas: deinde quum divisimus, tibi obtigit regio A, mihi regio B; dimidia utriusque partis manet creditori tuo obligata: nam divisio fit salva Pignorum causa, ut videb. infra Tit. *Quib. mod. Pign. solvit.* N. 10. Promisisti mihi luere hoc Pignus; et in id, dimidiam regionis quæ tibi obtingeret obligasti. Tuus creditor non est me potior, imo nec concurrimus: nam in diversis regionis quæ tibi obtigit partibus Pignora nostra consistunt; obligare enim ei non potuisti, nisi partem quam ante divisionem habebas; mihi autem alteram partem quam ei obligare non potuisti, videris obligasse.

(2) Per hanc de distrahendo conventionem, Pignus contractum videtur.

(3) *Si non mihi ante, etc.*

pisti, interim tibi non auferri Præses provinciæ jubebit. *l.* 2. *Cod. de Pign. et Hypoth.*

Prioritas etiam hoc tribuit, ut Pignus distrahere liceat. Hoc enim soli priori conceditur; ut videb. in Titulo sequenti.

ARTICULUS IV.

Quas exceptiones patiatur regula; Prior tempore, potior jure : *et de privilegio causæ Pignoris.*

XXV. *Regula nostra duas exceptiones patitur.*

Prima est, ut prior posteriori creditori non præferatur cujus Pignori consensit. V. G. Si tecum de Hypotheca paciscatur debitor, deinde idem eum alio tuâ voluntate; secundus potior erit. *l.* 12. § 4. Marcian. lib. sing. ad formul. Hypothec.

XXVI. *Altera regulæ nostræ exceptio est quod, quidam creditores pigneratitii quamvis tempore in Pignore posteriores, tamen ex sui Pignoris causa potiores sunt.*

Unde Ulpianus : Interdum posterior potior est priore. Ut puta : si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit; veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero (1). *l.* 5. Ulp. lib. 3. disput.

Hujus enim pecunia salvam fecit totius Pignoris causam.

Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum; sine quibus navis salva pervenire non poterat. *l.* 6. Ulp. lib. 73. ad Ed.

Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvæ fiant, vel ut naulum (2) exsolvatur; potentior erit; licet posterior sit : nam et ipsum naulum potentius est. *d. l.* 6. § 1.

Tantumdem dicetur, et si merces horreorum, vel areæ, vel vecturæ jumentorum debetur. Nam et hic potentior (3) erit. *d. l.* 6. § *fin.*

Idemque est, si ex nummis pupilli (4) fuerit res comparata. *l.* 7. Ulp. lib. 3. disput.

XXVII. *Fit etiam privilegiati Pignoris mentio in specie sequenti.* Cum ex causa mandati prædium Titio cui negotium fuerat gestum, deberetur; priusquam ei possessio traderetur, id Pignori dedit (5) : post traditam possessionem, idem prædium alii denuo Pignori dedit. Prioris causam esse potiorem apparuit; si non creditor secundus, pretium ei qui negotium gesserat, solvisset (6). Verum in ea quantitate quam solvisset, ejusque usuris, potiorem fore constaret; nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem præferendum. *l.* 3. § 1. Papin. lib. 11. responsr.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Licet iisdem Pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores; tamen eum cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei Pignori esse specialiter obligatum statim convenit (7), omnibus anteferri Juris auctoritate declaratur. *l.* 7. *Cod. h. t.*

Illud observandum est quod, si pro parte duntaxat ex mea pecunia rem comparaveris, pro reliqua autem ex tua vel alterius; in eadem rei parte duntaxat privilegium habeam. Quare si duorum pupillorum (8) nummis res fuerit comparata, ambo in Pignus concurrent pro his portionibus quæ in pretium rei fuerint expensæ. Quod si res non in totum ex nummis cujusdam comparata est; erit concursus (9) utriusque creditoris; id est, et antiquioris, et hujus cujus nummis res comparata est. *l.* 7. Ulpian. lib. 3. disput.

XXVIII. *Alia privilegiatæ Hypothecæ species est. Nimirum* Creditor qui ob restitutionem ædificiorum crediderit; in pecuniam quam crediderit, privilegium exigendi (10) habebit. *l.* 25. *ff. de Reb. cred.* Ulp. lib. sing. de Officio consul.

Nam Divus Marcus ita edixit : « Creditor qui » ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecu- » nia quæ credita erit privilegium exigendi habe- » bit ». Quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam subministravit. *l.* 9. § 1. *ff. de Privil. creditor. (Alias l.* 24. § 1. *ff.* de Reb. auct. jud. possid.) Ulp. lib. 63. ad Ed.

(1) Scilicet sub ea lege, ut navis mihi Pignori esset obligata. Quod si hoc non convenit; nedum privilegiatum, imo nullum Pignus habebo. Ita etiam intellige leges quæ sequuntur. Nulla enim Lex est quæ his casibus tacitam dederit Hypothecam. Et ita Cujacius, Noodt, Vinnius, etc. recte sentiunt contra Accursii et quorumdam Veterum sententiam. Firmatur etiam sententia nostra ex legibus 26 et 34. ff. *de Reb. auctorit. jud. possid.* [alias 21 et 19. ff. *de Privil. credit.*] ex quibus liquet privilegium personale duntaxat ex his causis dari, non Hypothecam.

(2) *Le Fret.*

(3) Scilicet si convenerit ut, pro hac mercede, merces essent Pignori.

(4) Huic enim etiam citra conventionem, ex Lege Severi et Antonini tacitum Pignus in ea re datur; ut constat ex l. 3. ff. *de Reb. eor. qui sub tutel.* et l. penult. Cod. *de Servo Pign. dat.*

(5) Nondum quidem erat dominus prædii; sed, cum ipsi deberetur, potuit non quidem ipsum prædium, sed nomen prædii sibi debiti obligare : et sic accipe quod dicitur, eum *id Pignori dedisse.*

(6) Et sic factum esset, ut ex ejus nummis rem debitor comparasset.

(7) Hæc conventio necessaria est, ut res sit Pignori nexa.

(8) Idem dicendum de aliis omnibus quorum pecunia res comparata est : cum in hoc tantum differat pupillus a cæteris creditoribus, quod eo casu nulla ipsi specialis conventio necessaria sit; ut mox vid. N. præced. cum Not. (4).

(9) Ita scilicet ut is cujus nummis res pro parte comparata est, pro ea parte admittatur; pro reliqua parte admittatur antiquior creditor.

(10) Tacitam Hypothecam eum habere jam vidimus supra Tit. *In quibus caus. Pign. tac. contrah.*

XXIX. *Ex Constitutione Justiniani, mulieres tacitam pro dotis repetitione habent Hypothecam: et præferuntur creditoribus Hypothecariis quamvis tempore anterioribus* (1); *non tamen privignis suis, dotis maternæ creditoribus* (2). *Eadem Constitutione hoc privilegium pro dote sola, non pro donatione* Ante nuptias *competere definit.* l. fin. Cod. h. tit.

Ex Novella XCVII. cap. 2. mulier quæ res immobiles habens dotem constante matrimonio rebus mobilibus auxit; non gaudet hoc privilegio, pro eo dotis augmento: ne detur occasio per simulata augmenta decipiendi creditores mariti.

Ibidem definitur, Hypothecam quam mulier pro dote habet, præferri non solum antiquioribus Hypothecis; sed et privilegiatis; puta ejus cujus ex pecunia domus aut comparata aut ædificata aut reparata est. d. Novell. cap. 2.

Excipitur tamen Hypotheca ejus cujus ex pecunia militia comparata est: huic enim postponitur Hypotheca mulieris. d. Novell. cap. 4.

Item Hypotheca dotis secundæ conjugis postponitur Hypothecæ quam prior conjux ejusve liberi habent pro dote prioris. Novell. XCI. cap. 1.

XXX. *Vidimus privilegiatas Hypothecas, cæteris Hypothecis licet antiquioribus, præferri. Hoc non trahe ad privilegia personalium actionum:* etenim Eos qui acceperunt Pignora, cum In rem actionem habeant, privilegiis omnibus quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat (3). *l.* 9. *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

SECTIO II.

De regula: Qui in Pignore concurrunt tempore, concurrunt jure.

XXXI. *Huic regulæ consonat quod,* Si pluribus res simul Pignori detur, æqualis omnium causa est. *l.* 20. § 1. *ff. de Pignerat. act.* Paul. lib. 29. ad Ed.

Notandum est autem interesse an his qui tempore in Pignore concurrunt, simul res Pignori data sit, an separatim. V. G. Si duo pariter de Hypotheca paciscantur; in quantum quisque obligatam Hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti Pignus habeant obligatum. Sed uterque si cum possessore agat; quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die (4) Pignus utrique datum est separatim: sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque in solidum aget; si minus, unusquisque pro parte. *l.* 16. § 8. *de Pign. et Hypoth.* Marcian. lib. sing. ad formul. Hypoth.

Adde quod docet Ulpianus. Si debitor res suas duobus simul Pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatæ essent; singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur. Inter ipsos autem si quæstio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem: dabitur enim possidenti hæc exceptio: Si non convenit ut eadem res mihi quoque Pignori esset. Si autem id actum fuerit ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere, et inter ipsos, et adversus extraneos: per quam, dimidiæ (5) partis possessionem apprehendant singuli. *l.* 10. *d. tit.* Ulp. lib. 73. ad Ed.

XXXII. *Hæc tamen regula* Qui concurrunt tempore concurrunt jure, *duas exceptiones patitur.*

Prima est, quum quis partem nominis sub Pignoribus contracti vendidit. Quamvis enim pro parte quam retinuit, concurrat et tempore et causa cum emptore; tamen ei præfertur: hoc enim inter ipsos actum præsumitur. V. G. Insulam tibi vendidi; et dixi prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram; Pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum. Nerva, Proculus: Nisi ad utramque pensionem Pignora sufficerent, jus omnium Pignorum primum ad me pertinere: quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus Pignoribus summa pro rata servetur: si quid superesset, ad te. Paulus: Facti quæstio est: sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem Pignorum causa sequatur. *l.* 13. Paul. lib. 5. ad Plaut.

Altera exceptio est circa Pignus fiscale; quod præfertur cæteris quibuscum concurrit tempore.

Hinc Si, qui mihi obligaverat quæ habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit; sciendum

(1) Sunt qui distinguant an anteriores creditores expressam, an tacitam duntaxat Hypothecam haberent; et his solis qui tacitam duntaxat habebant, mulierem præferri putant. Verum lex non distinguit. Sane iniqua prorsus et a Juris principiis absonans hæc lex merito dicetur.

(2) Hoc casu liberi, privilegio matris suæ utuntur: extra hunc casum; solæ mulieres quum ipsæ experiuntur, hoc privilegio prælationis gaudent. Instit. Tit. *de Actionib.* § 30.

(3) Excipiendum debitum funebre; quod præferri etiam Hypothecariis creditoribus liquet ex l. 14. § 1. ff. *de Religios. et sumpt. fun.* in qua dicitur inquilinum ex invectis et illatis funerandum.

(4) Hinc male quidam colligunt, prioritatem horarum et momentorum non attendi inter eos quibus eodem die Pignus constitutum est. Patet enim de hoc non agi: et certum est eum qui semel Pignus alicui constituit, non posse postea quamvis eodem die jus ei semel quæsitum imminuere, constituendo alteri Pignus.

(5) Vulgo *dimidium*.

est, in re postea (1) acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse. Quod et constitutum est; prævenit enim causam Pignoris fiscus (2). *l.* 26. *ff. de Jure fisci.* ULP. LIB. 3. DISPUT.

(1) Scilicet post utramque Pignus contractum: et sic ego et fiscus concurrimus tempore.

(2) Sufficit enim fiscum tunc contraxisse quum nondum alteri Pignus esset constitutum; ut cæteris etiam qui tempore cum ipso concurrerent præferatur. Hoc est Fisci privilegium; quemadmodum hanc legem explicat Cujacius; et recte. Aliter D. Noodt.

TITULUS V.

DE DISTRACTIONE PIGNORUM ET HYPOTHECARUM.

JUS *Pignoris in eo potissimum consistit ut creditor rem sibi pigneratam Distrahere possit, ad consequendum ex pretio hoc quod sibi debetur.*

Hæc autem venditio quæ fit jure Pignoris, omnia Pignora quibus res nexa erat dissolvit; liberumque rei dominium, si penes eum qui eam Pignori dedit fuit, in emptorem traditione secuta ansfert.

Ut hæc fusius exponantur, inquiremus 1.° *Quæ requirantur ut res jure Pignoris Distrahatur. Deinde tractabimus de effectu Distractionis quæ fit jure Pignoris. Postremo agemus de beneficio quod Princeps creditori pigneratitio concedere solet, quum nullus emptor Pignoris invenitur.*

ARTICULUS I.

Quæ requirantur ut res jure Pignoris Distrahatur.

Huc pertinent septem quæstiones. Prima est, an requiratur intervenisse conventionem expressam ut Pignus possit Distrahi; et quam vim habeat contraria conventio, ut non liceat Distrahere; 2.° *Quis rem pigneratam Distrahere possit jure Pignoris; et* 3.° *Pro quo debito;* 4.° *Quando Distrahere possit, et an possit cogi creditor ad Distrahendum;* 5.° *A quibus Pignoribus incipiendum;* 6.° *Quæ forma in Pignoris Distractione observanda sit;* 7.° *Cui possit Distrahi.*

§ 1. *An requiratur expressa conventio de Distrahendo Pignore; et quam vim obtineat contraria conventio ut non liceat Distrahere.*

I. Si convenit de Distrahendo Pignore; sive ab initio, sive postea: non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit (1) de Distrahendo Pignore: hoc tamen Jure utimur ut liceat Distrahere (2), si modo non convenit ne liceat. *l.* 4. *ff. de Pignerat. act.* ULP. LIB. 41. AD SABIN.

II. *Sed* Quæritur, si pactum sit a creditore ne liceat debitori Hypothecam vendere vel Pignus, qui Juris sit? et an pactio nulla sit talis, quasi contra Jus sit posita; ideoque væniri possit? Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. *l.* 7. § 2. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Quinetiam Ubi convenit ne Distraheretur; creditor, si Distraxerit, furti obligatur. *sup. d. l.* 4. *ff. de Pignerat. act.*

Scilicet Nisi ei (3) ter fuerit denuntiatum ut solvat, et cessaverit. *d. l.* 4.

Idemque Juris est, sive omnino fuerint pacti ne væneat: sive in summa, aut conditione, aut loco, contra pactionem factum sit. *l.* 5. *ff. d. tit.* POMPON. LIB. 19. AD SABIN.

Pariter Paulus: Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut Fiduciam (4) sibi vendere non liceat; non solvente debitore creditor denuntiare ei solemniter (5) potest, et Distrahere: nec enim ex tali conventione, Fiduciæ actio nasci (6) potest. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 13. § 7.

III. Denique si antiquior creditor de Pignore vendendo cum debitore pactum interposuit; posterior autem creditor de Distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur ne posset vendere: videamus an dici possit hucusque transire ad eum jus prioris, ut Distrahere Pignus huic liceat? Quod admittendum existimo. Sæpe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per

(1) Per oblivionem.

(2) Modo tamen ter denuntietur; ut videb. infra § 6.

(3) Debitori.

(4) Pignus per fiduciam contractum. Idem dictum puta, si alio modo contractum fuerit. De Fiducia vid. Append. ad Tit. *de Pignerat. act.* supra lib. 13.

(5) D. Schultingius putat legendum, *solemniter ter.*

(6) Id est, ex tali conventione nulla actio nascitur, qua creditor teneatur si Pignus distraxerit: modo tamen ter denuntiaverit.

extraneum petere potest. *l.* 3. § *denique ff. Quæ res Pignor.* PAUL. LIB. 3. QUÆST.

IV. *Illud patet quod, si hanc legem ne Pignus Distraheretur debitor in contrahendo Pignore non dixit; postea citra voluntatem creditoris illam dicere non potest.*

Unde Severus et Antoninus: Si sunt qui emere prædia tibi obligata velint, non impediuntur scriptura testamenti; qua complexus est debitor nulla a se prædia venumdari, et pœnam oddidit ut fisci fierent. Nec enim potuisse eum hujusmodi lege jus creditoris facere deterius, manifestum est. *l.* 1. *Cod. Debitorem vendition. Pignor.*

Simili ratione, frustra denuntiabit debitor ne Pignus Distrahatur.

Hinc Gordianus: Debitoris denuntiatio qui creditori suo ne sibi rem Pignori obligatam Distrahat, vel his qui ab eo volunt comparare, denuntiat; ita demum efficax est, si universum tam sortis quam usurarum offerat debitum creditori; eoque non accipiente, idonea fide probationis (ita ut oportet) depositum ostendat. Nam si vel modicum de sorte vel usuris in debito perseveret, Distractio rei obligatæ non potest impediri; neque ea ratione emptor, tametsi sciat interpositam a debitore creditori denuntiationem, malæ fidei fit possessor. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

§ 2. *Quis possit pignus Distrahere.*

V. *Creditor qui potior est in Pignore, illud Distrahere potest. Et quidem* Quominus creditor qui antea Pignus accepit Distrahat, non offerendo secundus priori debitum, interpellare non potest. *l.* 3. *Cod. Si antiq. cred.*

VI. *Et quemadmodum ipse creditor, ita ejus heres Pignus vendere potest. Hinc Pomponius:* De vendendo Pignore, In rem pactio concipienda est; ut omnes contineantur. Sed etsi creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa; etiam heres ejus, jure vendet: si nihil in contrarium actum est. *l.* 8. § 4. *ff. de Pignerat. act.* POMPON. LIB. 35. AD SABIN.

Si creditori plures heredes extiterint, et uni ex his pars ejus solvatur; non debent cæteri heredes creditoris injuria affici: sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo quod coheredi eorum solvit. Quæ sententia non est sine ratione. *l.* 11. § 4. *d. tit.* ULP. LIB. 28. AD ED.

Quocirca hæc occurrit quæstio. Arbiter dividendæ hereditatis, quum corpora hereditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum assignavit. Quæsitum est an, debitoribus cessantibus, pro solido Pignus vendere quisque potest? Respondi, Posse. *l.* 11. SCÆVOL. LIB. 1. RESPONS.

Et alibi rursus. Arbitri dividundæ hereditatis inter heredes quum corpora hereditaria divisissent, nomina quoque communium debitorum separatim diversa singulis in solidum assignaverunt. Quæsitum est an unusquisque eorum, debitore sibi addicto cessante in solutione, pro solido Pignus sub eo nomine obligatum vendere possit? Respondit, Potuisse. *l.* 14. SCÆVOLA. LIB. 6. DIGEST.

VII. *Et hæc quidem de eo creditore qui in Pignore potior est, et de ejus heredibus.*

Secundus autem creditor non potest Distrahere Pignus; ut ex Papiniano discimus. Ita ille: Creditor qui prædia Pignori accepit; et post alium creditorem, qui Pignorum conventionem ad bona debitoris contulit (1), ipse quoque simile pactum bonorum ob alium aut eumdem contractum interposuit, ante secundum creditorem dimissum, nullo jure cætera bona titulo Pignoris vendidit (2).

Sed ob eam rem, In personam actio contra eum, creditori qui Pignora sua requirit, non competit, nec utilis danda est. Nec Furti, rerum mobilium gratia, recte convenietur; quia propriam causam, ordinis errore ductus, persecutus videtur: præsertim cum alter creditor furto possessionem quæ non fuit apud eum, non amiserit. Ad exhibendum quoque frustra litem excipiet: quia neque possidet, neque dolo fecit ut desineret possidere. Sequitur ut secundus creditor (3) possessores interpellare debeat. *l.* 1. PAPIN. LIB. 26. QUÆST.

VIII. *Quod dicimus, secundum creditorem Pignus Distrahere non posse, intellige quandiu secundus manet. At* Quum secundus creditor, oblata priori pecunia, in locum ejus successerit; venditionem ob pecuniam (4) solutam et creditam recte facit. *l.* 5. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Diversis temporibus eadem re duobus jure Pignoris obligata; eum qui prior data mutua pecunia Pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti Juris est: nec alias secundum creditorem Distrahendi potestatem hujus Pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas. *l.* 8. *Cod. Qui potiores in Pign.*

Idem docuerant Severus et Antoninus. Qui Pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest si priori creditori debitam pecuniam solverit; aut quum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. *l.* 1. *Cod. d. tit.*

(1) Id est, qui generalem Hypothecam in bonis debitoris pactus est.

(2) Nam duntaxat in prædiis specialiter obligatis est prior; in cæteris bonis posterior est. Hæc igitur distrahere non potest; antequam, dimisso secundo creditore qui in his cæteris bonis prior est, ipse factus fuerit prior.

(3) Qui prior est in his cæteris bonis quæ primus nullo jure distraxit.

(4) Id est, tam ob pecuniam quam ad dimittendum priorem creditorem solvit, quam ob illam cujus ipse creditor est.

Item Alexander : Prinr qnidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco Pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tn illi id omne quod debetur solveris, Pignoris tni causa firmabitur. *l.* 5. *Cod. d. tit.*

Nihil refert autem quomodo dimissus fuerit prior creditor, solutione an compensatione; ut firmetur Pignus secundi.

Unde Si antequam debitor a priore creditore Pignus liberaret, idem illud ob pecnniam creditam alii Pignori dedisset; et antequam utrique creditori solveret debitum, rem aliam (1) priori creditori vendiderat, creditumque pensaverit cum pretio rei venditæ : diceudum est, perinde haberi debere ac si priori creditori pecunia soluta esset : nec enim interesse, solverit an pensaverit. Et ideo posterioris ereditoris causa est potior. *l.* 4. *ff. Qui potiores.* Pomp. lib. 35. ad Sabin.

IX. *Si creditor in Pignore secundus, rem pigneratam Distrahere non potest; multo minus poterit creditor cui nullatenus est obligata.*

Hinc Rei creditor obligatæ generali sive speciali conventione, pcr creditorem alium coi non fuerat nexa venumdatæ, non amittit persecutionem. *l.* 17. *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

X. *Illud etiam patet; creditoris creditorem, nisi ipsi jus Pignoris Pignori datum sit, rem pigneratam Distrahere non posse. Unde ita Diocletianus et Maximianus rescribunt.* Si maritus tuus mutuam, licet tuam, dedit pecuniam : eorum quæ Pignoris titulo accepit, si ei non successisti, Distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem. *l.* 19. *Cod. h. tit.*

XI. *Non intelligitur etiam Distractio jure Pignoris facta : quum debitor non interveniente creditore vendit. Imo quamvis ea lege Distraxerit, ut ex pretio antiquiori creditori satisfiat;* Si tamen debitor non interveniente creditore Pignus vendiderit, ejusqne pretium priori solverit; emptori (2) poterit offerri qnod ad alium ereditorem de nummis ejus pervenit, et usuræ medii temporis. Nihil cnim interest, debitor Pignus datum vendidit, an denuo Pignori obliget (3). *l.* 3. § 1. Papin. lib. 3. respons.

Idem est et si ipsi creditori debitor in solutum dedisset.

Hinc Alexander. Si vendidisset qui ante Pignus accepit, persecutio tibi Hypothecaria superesse non posset. Cum antem debitori ipsi priori creditori eadem Pignora in solutum dederit, vel vendiderit : non magis tibi persecutio adempta est, qnam si alijs easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris; si, qnod eidem possessori propter præcedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. *l.* 1. *Cod. Si antiq. cred.*

§ 3. *Pro quo debito Pignus Distrahere liceat.*

XII. Quum Pignus ex pactione vænire potest, non solum ob sortem non solutam vænire poterit, sed ob cætera quoque : veluti usuras, et quæ in id impensa sunt. *l.* 8. § 5. *ff. de Pignerat. act.* Pompon. lib. 35. ad Sabin.

Et quidem Quandiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, Distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. *l.* 6. *Cod. h. t.* Gordian.

§ 4. *Quando Pignus Distrahi possit, et an possit cogi creditor ad vendendum.*

XIII. *Tunc demum Pignus Distrahi potest, quum debitum pro quo contractum est, exigi potest.*

Igitur Quum solvendæ pecuniæ dies pacto profertur, convenisse videtur ne prius vendendi Pignoris potestas exerceatur. *l.* 4. Papin. lib. 11. respons.

XIV. *Sed etsi jam aliquid exigi possit, si convenit ut nonnisi post certum tempus res Distrahi possit adhuc illud tempus expectandum erit.*

Talis autem conventio in specie sequenti intelligitur. Si annna bima trima die triginta stipulatus, acceperim Pignus; pactusque sim ut, Nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret : placet antequam omnium pensionnm dies veniret, non posse me Pignus vendere : quia eis verbis, omnes pensiones demonstrarentur; nec verum est Sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. Sed omnibus pensionibus præteritis, etiamsi una (4) portio soluta non sit, Pignus potest vænire.

Sed si ita scriptum sit, Si qua pecunia sua die soluta non erit; statim competit ei, Pacti conventio. *l.* 8. § 3. *ff. de Pignerat. act.* Pompon. lib. 35. ad Sabin.

XV. *Maxime autem Distrahere Pignus non potest creditor, quum est in mora accipiendi.*

Unde Alexander. Si residnum debiti paratus es solvere, Præses provinciæ dabit tibi arbitrum;

(1) Quid si ipsam rem pignerstam? Vid. infra mox N. 11.

(2) Si primus creditor ipse distraxisset, cæters Pignora soluta essent; nec remaneret secundo creditori, jus offerendi. Verum venditio a debitorc facta, Pignus ejus non perimit; adeoqae potest offerre. Nota subaudiendum, emptorem ea lege solvisse nt in jus prioris creditoris succederet : alioquin non succederet [ut vid. Tit. præced. N. 6.], et proinde necesse non esset ei offerre.

(3) Sensus est : si debitor denuo obligasset tertio, qui in locum primi pecunia ejus dimissi successisset; posset secundus creditor ei offerre : ergo pariter et huic emptori offerre potest. *Nihil enim interest, etc.*

(4) *Etiamsi una* duntaxat.

apud queio, quantom sit quod superest ex debito, examinabitur. Et, sive ad judicem venire adversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit; improba alienatio, proprietatis tuæ jus non aufert. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Multo minus Distrahere poterit creditor, quum eo nolente accipere, quod ei debetur obsignatum fuerit; modo obsignatio duret.

Unde Gordianus : Si priusquam Distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti; eoque non accipiente facta contestatione (1) eam deposuisti; et hodie quoque in eadem causa permanet : Pignoris Distractio non valet. Quod si priusquam offerres legem venditionis exercuit; quod jure substitit, revocari non debet. *l.* 8. *Cod. h. tit.*

XVI. *Una quæstio superest : an possit creditor cogi ad Pignus elapso tempore Distrahendum ? hac de re ita Pomponius :* Quamvis convenerit ut fundum pigneratitium tibi vendere liceret; nihilomagis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui Pignus dederit : quia tua causa id caveatur. Sed Atilicinus, Ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit. Quid enim si multo minus sit quod debeatur; et hodie pluris vænire possit Pignus quam postea ? Melius autem est dici, eum qui dederit Pignus posse vendere; et accepta pecunia solvere id quod debeatur : ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam si mobilis sit; prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei præstanda. Invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est. *l.* 6. *ff. de Pignerat. act.* POMPON. LIB. 35. AD SABIN.

§ 5. *Quum plures res Pignori datæ sunt, a quibus incipiendum sit.*

XVII. Creditoris arbitrio permittitur ex Pignoribus sibi obligatis, quibus velit Distractis ad suum commodum pervenire. *l.* 8. MODEST. LIB. 4. REGUL.

Si tamen aliæ res specialiter, aliæ generaliter obligatæ fuerint; ab his quæ specialiter obligatæ sunt, incipiendum docent Diocletianus et Maximianus. Quæ specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio Pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit, non prohibemini cætera etiam bona jure conventionis consequi (2). *l.* 9. *Cod. h. t.*

§ 6. *De forma Distrahendi Pignoris.*

XVIII. *Pignoris Distractioni prævium est ut, si rem creditor non teneat, eam apud Magistratum Serviana actione persequatur; ut possessione adepta, hujus Distrahendæ copiam habeat.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si in hoc quod jure tibi debetur, satisfactum non fuerit; debitoribus res obligatas tenentibus, aditus Præses provinciæ tibi Distrahendi facultatem jubebit (3) fieri. *l.* 14. *Cod. h. t.*

XIX. *Quod si creditor Pignus teneat, illud absque Magistratus auctoritate Distrahere potest. Hoc tantum requiritur, ut debitorem certiorem faciat, et rem gerat bona fide.*

Hinc Alexander. Creditor Hypothecas sive Pignus quum proscribit (4), notum debitori facere, et sibi bona fide rem gerere; et quando licet (5), testato dicere debet. Si quid itaque per fraudem in Pignore villæ venditæ commissum probare potes; ut inferatur actio quæ eo nomine competit (6), adi eum cujus de ea re notio est. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Quotuplici autem denuntiatione creditor certior fieri debeat, ita docet Paulus :

Creditor si simpliciter (7) sibi Pignus depositum Distrahere velit; ter (8) ante denuntiare debitori suo debet ut Pignus luat, ne a se Distrahatur. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 5. § 1.

Justinianus autem sancivit ut si quidem de forma Distrahendi Pignoris convenit, ea forma observetur; si non convenit, licentia sit creditori ex denuntiatione vel ex Sententia judicis (post biennium ex quo attestatio missa vel Sententia prolata est) vendere (9). *l. fin.* § 1. *Cod.* de Jure domin. impetr.

§ 7. *Cui Pignus Distrahi possit jure Pignoris.*

XX. Debitor a creditore Pignus quod dedit frustra emit, cum rei suæ nulla emptio sit. Nec, si

(1) Id est, denuntiatione.

(2) Adde l. 2. Cod. *de Pignorib. et Hyp.* quæ supra relata est Tit. præced N. 24. Et hoc notabis, non ex stricto Jure, sed ex quodam jurisdictionis temperamento proficisci, ut creditor teneatur primum excutere quæ specialiter ei obligata sunt.

(3) Non igitur poterit creditor eas propria auctoritate occupare; ut vid. supra Tit. *de Pign. et Hypoth.* N. 28.

(4) *Proscribere* igitur, id est, propositis publicis programmatibus docere debet rem esse venalem. Nec obstat lex fin. Cod. *de Jur domin. impetr.* in qua non agitur de proscriptione quæ fit ante venditionem; sed de illa quæ post venditionem tentatam fiebat, ut jus dominii impetraretur.

(5) Id est, licitabitur.

(6) *Pigneratitia* scilicet, de qua supra lib. 13. Tit. *de Pignerat act.*

(7) Id est, non adjecta conventione speciali ut illud, non soluta intra certum diem pecunia, distrahere liceret. Hoc enim casu dies interpellat; nec ulla denuntiatio necessaria est ad distrahendum.

(8) Igitur idem Jus observatur, et quum nihil convenit de distrahendo Pignore, et quum convenit ne distraheretur.

(9) Contra hunc disertum textum Donellus in Tract. *de Pignorib* probare nititur, Jure Justinianeo creditorem posse ante hoc biennium distrahere Pignus, et hunc textum esse intelligendum de solo casu quo vult impetrare ut illud jure dominii possideat.

minoris (1) emerit, et Pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti, creditor possessionem restituere cogetur. *l.* 40. *ff. de Pignerat. act.* PAPIN. LIB. 3. RESP.

Item Debitoris filius qui manet in patris potestate, frustra Pignus a creditore patris, peculiaribus nummis comparat (2). Et ideo si patronus debitoris contra tabulas ejus possessionem acceperit (3), dominii partem obtinebit (4). Nam (5) pecunia quam filius ex re patris in pretium dedit, Pignus liberatur. *d. l.* 40. § 1.

XXI. *Illud patet, quod creditor non potest ipse et venditor et emptor Pignoris esse. Sed et* Si per suppositam personam creditor Pignus suum invito (6) debitore comparaverit, emptio non videtur; et ideo quandoque lui potest : ex hoc enim causa Pignoris vel Fiduciæ finiri non potest. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 13. § 6.

Unde Diocletianus et Maximianus. Et qui sub imagine alterius personæ quam supposuerat, jugiter tenet; cum sibi negotium gerat; alienasse non videtur. Jure enim Pignoris obligatum prædium, neque si per subjectam personam creditor comparavit, neque si sibi addixerit, debitori affert præjudicium; sed in eadem causa permanet in qua fuit ante hujusmodi collusionem. *l.* 10. *Cod. h. t.*

Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare creditorem per suppositam imaginarii emptoris personam semper possessionem tenuisse; nec vendita bona fide prædia postea sinceriter comparasse : potes oblata pecunia cum usuris ad restitutionem creditorem compellere. *d. l.* 10. *Cod.* ¶ *fin.*

Hæc obtinent quum jure Pignoris; citra voluntatem debitoris, rem Distrahit creditor personæ a se interpositæ.

Sane si debitore Distrahente comparaverit; consensu emptionem perfectam, si neque dolus adversarii, neque metus causa gesta arguentur, revocari exemplo grave est. *d. l.* 10. *Cod.* ¶ *sane.*

Enimvero Rescriptum est ab Imperatore (7), Libellos agente (8) Papiniano, creditorem a debitore Pignus emere posse; quia in dominio manet debitoris. *l.* 12. TRYPHON. LIB. 8. DISPUT.

Consonat quod rursus Diocletianus et Maximianus rescribunt : Cum dominam non minorem viginti quinque annis, ea quæ obligaverat, tibi jure dominii possidere permisisse, et in solutum dedisse precibus significes; dominæ contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit. *l.* 13. *Cod. de Pign. et Hypoth.*

XXII. Quum posterior creditor a priore Pignus emit; non tam acquirendi dominii, quam servandi Pignoris sui causa, intelligitur pecuniam dedisse: et ideo offerri ei a debitore potest. *l.* 6. MODEST. LIB. 8. REGUL.

Hoc significant Diocletianus et Maximianus quum rescribunt : Emptione Pignoris causa facta; non quod scriptum sed quod gestum est, inspicitur (9). *l.* 3. *Cod. Plus valere quod agitur, etc.*

Similiter si res vendatur fidejussori debitoris; magis Pignus redemptum, quam Distractio jure Pignoris facta videbitur.

Hinc Paulus respondit, Fidejussorem in quem Pignora a confidejussoribus data translata sunt; non emptoris (10) loco substitutum videri, sed ejus qui Pignora accepit : et ideo rationem fructuum et usurarum haberi oportere. *l.* 59. § 1. *ff. de Fidejussorib.* PAUL. LIB. 4. RESPONS.

Similiter rescribunt Severus et Antoninus. Si fidejussor a creditore Pignora emerit; oblata quantitate sortis et usurarum, tibi dominium cum fructibus quos bona fide percepit consultius restituet; ne fidei (11) ruptæ gratia, de dolo (12) possit actio exerceri. *l.* 1. *Cod. de Dolo malo.*

Hinc etiam in specie sequenti, ubi Fidejussor conventus officio judicis assecutus est ut emptionis titulo prædium creditori Pignori datum susciperet; nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem Pignore contraxit, offerendæ pecuniæ quam fidejussor dependit cum usuris medii temporis facultas erit. Nam hujusmodi venditio (13), transferendi Pignoris causa, necessitate juris (14) fieri solet. *l.* 2. PAPIN. LIB. 2. RESP.

(1) Minori summa, quam ea est quam debebat.

(2) Nil enim sibi acquirere potest, qui est in patris potestate : et quum emit, perinde est ac si emeret pater.

(3) Filio exheredato aut præmortuo.

(4) Utpote quæ semper remanserit in bonis liberti, et inutiliter fuerit a filio ejus comparata.

(5) Hæc particula hic non est causalis; et accipienda est pro *cæterum.*

(6) Nam a volente debitore nil vetat creditorem emere Pignus : secus de Fiducia, de qua vid. Append. ad Tit. *de Pignerat. act.* supra lib. 13. Etsi autem valeat venditio a volente debitore creditori facta, differt a venditione jure Pignoris facta; nam non perimit posteriora pignora : vid. supra N. 11.

(7) Severo.

(8) *Libellos agere* dicebantur Jurisconsulti per quos Princeps libellis sibi porrectis respondebat. Dicebantur etiam LIBELLORUM MAGISTRI : et ita appellatur Arcadius-Charisius in Inscriptione legis 1. ff. *de Offic. Præf. Prætor.*

(9) Scilicet in hac specie, quamvis scriptura contineat rem emptam esse; magis jus quod in ea re prior creditor habebat, emptum videtur. Ita hanc legem intelligit Cujacius Observ. XVI. 26.

(10) A quo non potest avocari res quam e creditore emit.

(11) Quæ non patitur ut, cum susceperis negotium pro me solvendi, adeoque Pignus meum luendi, illud tibi serves.

(12) Non actio *de Dolo* Prætoria, sed ipsa actio *Mandati ;* quæ ita appellatur quia ex causa doli a mandatario admissi competit : ut recte observat Cujacius Observ. III. 37. Quare recte censet, male Tribonianum eam legem collocasse sub Titulo DE DOLO.

(13) Quæ fit fidejussori.

(14) *Necessitate juris* servandi, et *transferendi* duntaxat *Pignoris causa ;* id est : Videtur fieri magis hac mente ut fidejussor succedat in jus Pignoris, quam ut rem acquiret.

Consonat quod ait Marcianus : Si secundus creditor vel fidejussor, soluta pecunia Pignora susceperit, recte eis affertur quamvis emptionis titulo ea tenuerunt. *l.* 5. § 1. MARCIAN. LIB. SING. AD FORM. HYPOTHEC.

Similiter Paulus respondit, Fidejussorem qui rem Pignoris jure obligatam a creditore emit, Mandati judicio conventum ab herede debitoris, oblato omni debito, restituere cogendum; neque habendum similem extraneo emptori (1), cum in omni contractu bonam fidem (2) præstare debeat. *l.* 59. § 1. *ff. Mandati.* PAUL. LIB. 4. RESPONS.

ARTICULUS II.

De effectu Distractionis Pignorum.

Circa hanc materiam videndum, 1.° *Quod jus emptor ex venditione Pignoris consequatur*; 2.° *Quatenus creditor qui Distraxit, obligetur emptori*; 3.° *Quatenus obligetur debitori*; 4.° *Quæremus postea, An et Quatenus ex Distractione Pignoris liberetur debitor a creditore, et Emptori obligetur*; 5.° *Rescissa ex aliqua causa venditione, ad quem res revertatur.*

§ 1. *Quod jus ex Distractione Pignorum emptor consequatur.*

XXIII. Qui prædium obligatum a creditore comparavit; si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet. *l.* 13. *Cod. h. t.* DIOCLET. ET MAXIM.

Verum Obligatis Pignori mancipiis a Creditore Distractis ac traditis; si post, debitor quondam, hæc sollicitaverit (3); non venditori sed emptori contra possidentem, in rem competit actio. *l.* 15. *Cod. h. t.* IIDEM.

XXIV. Illud inspiciendum est, An liceat debitori, si Hypotheca vænierit, pecunia soluta eam recuperare? et si quidem ita vænierit ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur : intra illud tempus pecunia soluta, recipit Hypothecam. Si vero tempus præteriit, aut si non eo pacto res vænierit, non potest rescindi venditio : nisi minor sit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut Reipublicæ causa absens, vel in aliqua earum causarum erit ex quibus Edicto (4) succurritur. *l.* 7. § 1. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Similiter Diocletianus et Maximianus : Obligata Pignoris jure, creditore recte Distrahente; post, debitor emptori pretium offerens vel creditori quod debuit (5), evincere non potest. *l.* 2. *Cod. Si antiquior cred.*

Pariter Quum prior creditor Pignus jure conventionis vendidit; secundo creditori non superesse jus offerendæ pecuniæ convenit. *l.* 3. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

Hinc Diocletianus et Maxim. generaliter rescribunt : Qui a creditore Pignori obligatum prædium jure emit, de proprietate vinci non potest. *l.* 18. *Cod. h. t.*

Iidem rescribunt. Si in solutum nomen debitoris sui debitor tibi dedit tuus; ac te in rem tuam procuratorem fecit; Pignora quæ specialiter vel generaliter habes obligata persequere. Quod si ab his quibus fuerunt obligata, cum potiores erant, Distracta probentur; emptoribus avocari non posse perspicis. *l.* 6. *Cod. de Oblig. et act.*

Iidem rescribunt. Si a creditore nomen comparasti; ea Pignora quæ venditor nominis persequi posset, apud Præsidem provinciæ vindica. Nam si debitum ex ejus persona, res tibi obligatas tenentes, non transferant; jure communi Pignora distrahere non prohiberis. Sane si creditoribus in ordine Pignorum antecedentibus venumdantibus, qui possident, comparaverunt, vel longi temporis præscriptione muniti perhibentur; Pignorum Distrahendorum facultatem te non habere perspicis. *l.* 7. *Cod. d. tit.*

XXV. *Et quidem nec prætextu fraudis cujus emptor conscius non fuerit, revocari res ab eo potest.*

Hinc Gordianus : Si cessante solutione creditor, non reluctante lege contractus, ea quæ sibi Pignori nexa erant, Distraxit; revocari venditionem iniquum est; cum, si quid in ea re fraudulenter, fecerit, non emptor a te, sed creditor conveniendos (6) sit. *l.* 7. *Cod. h. t.*

Quod si emptor fraudis particeps fuerit; tunc, si creditor solvendo non fuerit, conveniri poterit ut recepto pretio rem restituat.

Unde Alexander : Præses provinciæ aditus, si fuerit probatum tuum creditorem cui jus Distrahendi Pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse : quanti tua interest, restituere tibi eumdem creditorem jubebit. Quod si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit, et probatum fuerit emptorem mala fide emisse : offerente te pecuniam cum usuris, quanti fundus vænit, restituere tibi fundum cum fructibus malæ fidei emptorem jubebit. *l.* 1. *Cod. Si vendito Pignore agatur.*

Idem rursus : Si uxor tua Præsidi provinciæ probaverit, quum aureos triginta deberes, servos suos

(1) Vid. Notam (10) supra.

(2) Vid. supra Notam (11).

(3) Ut fugerent, et ad ipsum reverterentur.

(4) *De in integrum Restitutionibus.*

(5) Quod debitor ipsi debuit.

(6) Hoc non accipiendum est de his quæ ad distractionem Pignorum jure requiruntur : alioqui non subsidiaria sed directa in REM actione debitor convenire posset possessorem : l. 2. Cod. *Si vend. Pign. agatur* : sed hoc sic accipe ; id est, omissis frequentibus addictionibus, adjudicationibus, adjectionibus licitationibus [*Les remises et les enchères, etc.*] ita ut appareat collusio. Ita Cujac. ad d. tit. Cod. *Si vend. Pign. ag.*

amplioris pretii per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse: jubebit emptores recepto pretio restituere servos. *l.* 3. *Cod. d. tit.*

Similiter Gordianus: Cum contra bonam fidem, venditionem obligatæ possessionis a creditore factam alleges, non observatis quæ in Distrahendis Pignoribus celebrari consueverunt; adito Præside provinciæ experire actione competenti, non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris: ut revocatis quæ mala fide gesta constiterit, et fructuum ratio et damni quod irrogatum apparuerit, haberi possit. *l.* 4. *Cod. d. tit.*

§ 2. *Quatenus creditor qui lege Pignoris Distraxit, obligetur emptori.*

XXVI. Creditor qui jure suo Pignus Distrahit, jus suum cedere debet; et, si Pigmus possidet, tradere utique debet possessionem. *l.* 13. Paul. lib. 1. decret.

Tenetur autem simpliciter tradere; non ob evictionem, emptorem defendere.

Quinetiam Quum ea conditione (1) Pignus Distrahitur ne quid evictione secuta creditor præstet; quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit; evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit quominus pretium solvat. *l.* 68. *ff. de Evict.* Papin. lib. 11. respons.

Tamen hoc saltem consequetur, ut ipsi creditor suas actiones cedat. Ita docet Ulpianus. In creditore qui Pignus vendidit, tractari potest; an re evicta vel ad hoc teneatur Ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem eam præstet? Habet autem contrariam (2) Pigneratitiam actionem. Et magis est ut præstet. Cui enim non æquum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est? *l.* 38. *d. tit* Ulp. lib. 2. disput.

XXVII. *Cæterum notandum est*, Etsi is qui lege Pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest; tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quæstionem movere. *l.* 10. Paul. lib. 6. respons.

§ 3. *Quatenus ex Distractione Pignoris, creditor debitori obligetur.*

XXVIII. *Si rei distractæ pretium, sortem debitam et usuras excedat; in id quod excedit, debitori creditor obligatur actione* Pigneratitia: *de qua re vid. supra lib.* 13. *Tit.* de Pignerat. act.

Nullum autem, in rebus quas ex residuo pretio creditor comparaverit, nec dominii nec Pignoris jus debitor consequitur. Unde Diocletianus et Maximianus: Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter Pignoribus a creditore, majore quam ei debebatur pretio, distractis; licet ex eo fundus comparatus sit; non super hoc In rem, sed In personam (id est, Pignoratitia) de superfluo competit actio. *l.* 20. *Cod. h. t.*

§ 4. *Quatenus ex Distractione Pignoris liberetur debitor a creditore, et emptori obligetur.*

XXIX. Si creditor fundum Pignoratitium vendiderit, et quantum ei debebatur receperit; debitor liberabitur. Sed etsi acceptum emptori pretium tulisset creditor, vel ab eo stipulatus esset; debitor nihilominus liberatur. *l.* 26. *ff. de Solutionib.* Pompon. lib. 35. ad Sabin.

Quum autem creditor nec accepit pretium, nec accepto tulit, nec novavit: Quæsitum est, si creditor ab emptore Pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum; quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta. *l.* 9. Paul. lib. 3. quæst.

Sed et quum pretium creditor percepit, intra hujus duntaxat quantitatem liberatur debitor.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Adversus debitorem electis Pignoribus, personalis actio non tollitur; sed eo quod de pretio servari potuit in debitum computato, de residuo manet integra. *l.* 10. *Cod. de Oblig. et act.*

Pomponius autem Lectionum libro 2 ita scripsit: Quod in Pignoribus dandis adjici solet, ut quominus Pignus vænisset, reliquum debitor reddere, supervacuum est; quia ipso Jure ita se res habet, etiam non adjecto eo. *sup. d. l.* 9. § 1.

Enimvero Creditor qui non idoneum Pignus accepit, non amittit exactionem ejus debiti quantitatis, in quam Pignus non sufficit (3). *l.* 28. *ff. de Rebus creditis.* Gaius lib. 21. ad Ed. provinc.

XXX. *Vidimus ex Distractione Pignoris debitorem non liberari, nisi intra pretium quod creditor percepit.*

In quid autem potissimum imputatur hoc pretium Distracti Pignoris? De ea re ita Florentinus. Quum et sortis nomine et usurarum aliquid debetur, ab eo qui sub Pignoribus pecuniam debet; quidquid ex venditione Pignorum recipiatur, primum usuris quas jam tunc deberi constat; deinde si quid superest, sorti accepto ferendum est. Nec audiendus est debitor, si, cum parum idoneum se esse sciat, eligit quo nomine exonerari Pignus

(1) Et quidem, etsi expressa non sit, inesse intelligitur: l. 11. § 16. ff. *de Action. Empti.*

(2) Quanti sua interest non fuisse deceptum, re aliena Pignori data. Dices? Sed jam nihil ejus interest, cum receperit ex pretio quod sibi deberetur: Respondeo, Eatenus ejus interesse, quatenus erga emptorem obligatus est ei actionem eo nomine cedere.

(3) Adde l. 8. Cod. *Si cert. pet.* quam vid. infra lib. 22. Tit. *de Usuris.*

suum malit. *l.* 35. *ff. de Pignerat. act.* FLORENT. LIB. 8. INSTIT.

Circa hanc de imputatione quæstionem, plura videb. Tit. de Solutionib. *infra lib.* 46.

XXXI. *Quæ hactenus diximus indubitata sunt, quum res distracta erat debitoris. Quid autem* Si aliena res Pignori data fuerit, et creditor eam vendiderit: videamus an pretium quod percepit creditor, liberet debitorem personali actione pecuniæ creditæ? Quod vere respondereter, *si* ea lege vendidit ne evictionis nomine obligaretur; quia (1) ex contractu et quali quali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione ejus, redactum id pretium æquios proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. Sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum Pignus evictum est; vel ad emptorem, post evictionem; ipse debitor utili (2) actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat. Nam (3) et si majores fructus forte penes a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debebit. Et quum per injuriam judicis, domino rem quæ debitoris non fuisset, abstolisset creditor quasi obligatam sibi; et quæreretur an soluto debito restitui eam oporteret debitori: Scævola noster, restituendam probavit. *l.* 12. § 1. TRYPHON. LIB. 8. DISPUT.

XXXII. *Quatenus autem re aliena vendita debitor obligetur emptori docet Hermogenianus. Ita ille:* Si jussu judicis rei judicatæ Pignus captum per Officium Distrahatur, post evincatur; Ex empto (4) contra eum qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio duntaxat ejusque usuris, habita ratione fructuum dabitur: scilicet si hos ei qui evicit, restituere non habeat necesse. *l.* 74. § 1. *ff. de Evict.* HERMOGENIAN. LIB. 2. JURIS EPITOMAT.

Et hæc quidem obtinent, quum creditor jure creditoris sic vendidit ut de evictione non teneretur.

Quod si non ita vendidit ut certum sit omnimodo apud eum pretium remansurum; verum obligatus est ad id restituendum: arbitror interim quidem nihil a debitore peti posse, sed in suspenso haberi liberationem. Verum si actione Ex empto conventus præstitisset creditor emptori; debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit non esse liberatum. *sup. d. l.* 12. *d.* § 1. *fin.*

§ 5. *Rescissa ex aliqua causa venditione, ad quem res revertatur.*

XXXIII. Creditor quoque si Pignus Distraxit, et ex venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus; dominium ad debitorem revertitur. Idemque est, in omnibus quibus concessum est rem alienam vendere. Non enim quia dominium transferunt: ideo ab emptore jus ejus recipiunt; sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione. *l.* 10. § 1. *ff. Quib. mod. Pign. solv.* PAUL. LIB. 3. QUÆST.

ARTICULUS III.

De beneficio quod Princeps creditori pigneratitio concedere solet, quum nullus emptor Pignoris invenitur.

XXXIV. *Si postquam creditor Pignus proscripsit, nullus emptor inveniatur; solet a Principe impetrare ut illud jure dominii ipse retineat. De qua re ita rescribit Alexander:* Dominii jure Pignora possidere desiderans, nomina debitorum quos in solutione cessare dicis exprimere; et ita solemnia peregisti, significare debuisti: dummodo scias omnia bona debitoris quæ Pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse. *l.* 1. *Cod. de Jure dominii impetr.*

Justinianus autem constituit ut, antequam creditor hujus rei obtinendæ gratia Principem adeat, hoc debitori si præsens est denuntiet; sin absens, hoc ante judicem contestetur: qui tempus statuet, intra quod hoc per apparitorem debitori notum fieri debeat, et intra quod poterit solvere. Quod si tempore statuto non fuerit debitor inventus, aut non obtulerit debitum; tunc demum adibit Principem. l. fin. Cod. d. tit.

Rei autem quæ jure dominii habenda conceditur æstimatio a judice fieri debet, liberaturque debitor usque ad summam qua res fuerit æstimata: quod si pluris esset quam quod debetur, id quod pluris est, creditor deberet ipsi refundere. d. l. fin.

XXXV. *Hoc beneficio quod a Principe impetravit creditor, excidit certis casibus.*

Et quidem, ut rescribit Gordianus: Si creditor Pignus jure dominii a Nostra Serenitate possidere petiit, et post formam Rescripti, alio anno usuras a vobis accepit; a beneficio impetrato recessisse videtur. *l.* 2. *Cod. de Jure domin.*

(1) Sensus est: cum ex illo contractu [scilicet ex illa Distractione Pignoris] debitor *quali quali obligatione*, id est, utili actione teneatur erga emptorem ad restituendum ei pretium quod creditori solvit; æquius est hoc pretium potius proficere debitori ad liberationem, quam cedere lucro creditoris qui ipse ad restitutionem non tenetur.

(2) Scilicet erga emptorem, si res evicta est, utili actione *Ex empto* tenetur debitor [ut mox dicetur; quasi ipse vendidisse videatur, quum lege Pignoris ab ipso constituti creditor vendidit. Si autem res non sit evicta, et dominus rei ratam venditionem habuit, tenebitur ei utili *Negotiorum gestorum* actione: dominus enim ratam habendo rei suæ venditionem per quam debitor liberatus est, hujus debitoris negotium gessit.

(3) Supple: nec mirum videri debet debitori liberationem contingere ex re aliena: nam et hoc aliis casibus contingit.

(4) Vid Not. (2) ad l. præced.

Excidit etiam creditor ab hoc beneficio, si non impleat legem sub qua concessum est; ut in specie sequenti. Fidejussor impetravit a Potestate (1) ut, et antequam solveret, Pignora (2) ipse possideat, quasi satisfacturus credituribus, nec satisfecit. Medio, heres debituris paratus est solvere creditoribus: quæro an Pignora fidejussor restituere cogendus sit? Modestinus respondit, Cogendum esse. *l.* 26. *ff. de Pign. et Hypoth.* MODESTIN. LIB. 4. RESPONS.

Denique ab hoc beneficio disceditur, si debitor (olim intra annum, Jure autem Justinianeo intra biennium) id quod debet creditori qui hoc beneficium impetravit, obtulerit. l. fin. Cod. de Jure domin. imp.

XXXVI. *Unum circa hoc beneficium superest observandum; de quo ita Ulpianus:* Eleganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor a Cæsare, ut Pignus possideret; idque evictum esset: an habeat contrariam Pigneratitiam? Et videtur finita esse Pignoris obligatio, et a contractu recessum. Imo utilis Ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit (3). Et compensationem habere potest creditor; si forte Pigneratitia vel ex alia causa cum eo agetur. *l.* 24. *ff. de Pignerat. act.* ULP. LIB. 30. AD ED.

(1) Legendum *a Principe.* Cujac.

(2) Ipsi data, pro indemnitate obligationis ab ipso contractæ.

(3) Videtur hic Ulpianus dubitare quid in hac actione veniat. Sed dicendum est venire non id *quantum interest,* sed potius quantitatem debiti in cujus solutionem creditor rem habere impetravit. Nam si ex lege Pignoris distracta esset res, et evicta esset; debitor teneretur duntaxat ad restituendum emptori pretium, non vero in id quod interest: supra N. 32.

TITULUS VI.

QUIBUS MODIS PIGNUS VEL HYPOTHECA SOLVITUR.

SOLVITUR *Pignus pluribus modis:* 1.° *Per extinctionem obligationis cui accessit;* 2.° *Soluto jure ejus qui Pignus constituit;* 3.° *Rei pigneratæ interitu;* 4.° *Si jus Pignoris remiserit creditor;* 5.° *Diuturni temporis præscriptione.*

SECTIO I.

Extincta obligatione principali, extingui Pignus.

§ 1. *De extinctione obligationis principalis, quæ fit per solutionem.*

I. *Pignus extinguitur, solutione obligationis principalis cui accesserat* (1).

Oportet autem ut solutio totius quod debetur. Nam solutio partis nihil liberat.

Is enim Qui Pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur. *l.* 19. *ff. de Pign. et Hypoth.* ULP. LIB. 21. AD ED.

II. *Hinc* Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res Pignori data vænire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. *l.* 8. § 2. *ff. de Pignerat. act.* POMPON. LIB. 35. AD SABIN.

Consonat quod rescribunt Severus et Antoninus. Qui pro parte heres extitit; nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex Pignoribus recipere non potest. *l.* 1. *Cod. de Luitione Pignor.*

Similiter Diocletianus et Maximianus. Actio quidem personalis, inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur. Pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident; cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur; qui possident tenentes, non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum; ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent cedant. *l.* 2. *Cod. si unus ex plurib. hered.*

Iidem rescribunt: Unus ex multis debitoris qui Pignora tradiderat heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit solvendo, res obligatas distrahendi creditori facultatem non adimit. *l.* 16. *Cod. de Distract. Pign.*

Hinc (inquit Gordianus) Intelligere debes vincula Pignoris durare, personali actione submota. *l.* 2. *Cod. de Luitione Pign.*

Et quemadmodum quum unus ex debitoris heredibus solvit; ita vice versa et quum uni ex cre-

(1) Hoc sequitur ex illa regula Juris, *CUM principalis causa non consistat; nec ea quidem quæ sequuntur, locum obtinent.* l. 129. § fin. *de Reg. Jur.*

ditoris heredibus solutum est, res nihilominus in solidum obligata remanet.

Unde Valerianus et Gallienus: Manifesti et indubitati Juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex Lege XII Tabularum dividi; Pignus vero in solidum unicuique teneri. *l.* 1. *Cod. Si unus ex plur.*

III. *Neque solum totius sortis debet esse solutio: verum* Propter usuras quoque si obligata sit Hypotheca, usuræ solvi debent. Idem et in pœna (1) dicemus. *l.* 13. § 6. *ff. de Pign. et Hypoth.* Marcian. lib. singul. ad formul. Hypoth.

Sed et In summa debiti, computabitur etiam id quod propter possessiones Pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium, præstitisse creditorem constiterit. *l.* 6. *Cod. de Pign. et Hypoth.* Antonin.

IV. *Si totum quod debetur creditori solvatur, Pignus extinguitur: nec refert an ipse debitor solverit, an extraneus pro eo.*

Hoc autem casu Pignus ad extraneum qui solvit, non transfertur. Hinc Papinianus: Debitoris absentis amicus negotia gessit; et Pignora citra emptionem (2) pecunia sua liberavit. Jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit. *l.* 1. Papin. lib. 11. respons.

Obiter nota: Si tamen possideat, exceptione Doli defenditur (3). *d. l.* 1.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Res obligatas exterus, debito soluto liberando; datum petere, non earum dominium adipisci potest. *l.* 21. *Cod. de Pign. et Hypoth.*

Aliud est si jus obligationis vendiderit creditor, et pecuniam acceperit. Tunc enim manent omnes obligationes integræ; quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine. *l.* 5. § 2. ¶ *aliud est.* Marcian. lib. singul. ad form. Hypoth.

V. *Solutum quoque videtur, si creditor, quod sibi debebatur, ex fructibus rei pigneratæ consecutus est.*

Hinc Alexander: Fundum Pignori obligatum si creditor ex fructibus debitum consecutus est; cum ipso jure Pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest. *l.* 1. *Cod. de Distract. Pign.*

Hactenus de solutione.

§ 2. *De obsignatione, novatione, et aliis modis extinguendi debiti; qui vice solutionis sunt.*

VI. *Pariter obsignatione totius debiti, cum vice solutionis sit, extinguitur Pignus.*

Hinc Diocletianus et Maximianus. Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis sive distractis, et compensato pretio, satis ei contra quem supplicas factum esse adito Præside provinciæ probaveris: vel si, quod residuum debetur, obtuleris; ac, si non acceperit, deposueris consignatum: restitui tibi res pacto Pignoris obligatas providebit. Cum etiam Edicto Perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit quominus solveretur, ad reddenda ea quæ Pignori acceperat, jure eum satis evidenter urgeri, manifestum est. *l.* 3. *Cod. de Luitione Pign.*

Iidem rescribunt: Cum Pignoris titulo mancipia vos alligasse pro mutua quam accepistis pecunia proponatis; horum mancipiorum operis quas creditor accepit vel quas percipere potuit, in usuras computatis et post in sortem, extenuato debito, residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus; mancipia vobis Præses provinciæ restitui jubebit. *l.* 2. *Cod. de Partu Pign.*

Iidem alibi: Creditor ad petitionem debiti urgeri jure minime potest. Quapropter eo quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato; et si non velint accipere, consignato atque deposito; de reddendo Pignore, hos Præsidali notione convenire. *l.* 20. *Cod. de Pign. et Hypoth.*

VII. Novata autem debiti obligatio, Pignus perimit (4); nisi convenit ut Pignus repetatur. *l.* 11. § 1. *ff. de Pign. act.* Ulp. lib. 28. ad Ed.

Hinc Gordianus: Pignus intercidit, si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res Pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. *l. un. Cod. Etiam ob Chirographar.*

Obiter nota: Quod si pactum inter te eumque qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi Pignoris nomine teneretur; quamvis personali actione expertus feceris condemnationem (5), Pignoris tamen habes persecutionem. *d. l. un. Cod.*

Cum novatio perimat Pignus, hinc in specie sequenti: Defensor absentis cautionem Judicatum solvi præstitit. In dominum judicio postea translato (6), fidejussores ob rem judicatam, quoa defensor dedit, non tenebuntur; nec Pignora quæ dederunt. *l.* 1. § 2. Papin. lib. 11. respons.

(1) Id est, si pœna aliqua promissa sit, propter quam Pignus tenetur.

(2) Non emendo Pignus, sed simpliciter illud luendo.

(3) Adversus eum cujus negotium gessit; si in actione *Negotiorum gestorum* desideret recipere res Pignore liberatas, nec offerat gestori pretium quo eas liberavit.

(4) Idem in l. 18. ff. *de Novation.* quam vid d. tit. infra lib. 46.

(5) Quamvis tibi condemnatus fuerit debitor: non enim sola condemnatione, sed exactione liberatur Pignus.

(6) Et sic quodammodo novata obligatione defensoria. Hæc enim translatio judicii quamdam novationem continet, cum obligationem defensoris transferat in dominum litis.

VIII. *Res judicata aut jusjurandum, ut personalem actionem excludunt, ita pariter jus Pignoris. Hinc* Si deferente creditore juravit debitor se dare non oportere; Pignus liberatur, quia perinde habetur atque si judicio absolutus esset. Nam et si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen Pignus liberatur. *l.* 13. TRYPHON. LIB. 8. DISPUT.

Sed et quum non ipso Jure, sed per exceptionem (puta Pacti) infirmatur obligatio personalis; simili modo infirmatur pignus. Unde Marcianus: Solvitur hypotheca et si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor NE PECUNIAM PETAT. Nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur (1): et quid si hoc actum sit, quum forte alius hypothecam possidebit? Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu (2) possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur. *l.* 5. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

An confusio sufficiat ad liberandum Pignus; videb. infra lib. 46. *Tit.* de Solutionib. *Part. fin.*

SECTIO II.

Pignus extingui, soluto jure ejus qui illud constituit.

IX. *Cum jus Pignoris quod creditori constituitur in re pignerata, a jure quod in ea re habebat is qui Pignus constituit, derivetur; sequitur, soluto jure ejus qui Pignus constituit, solvi jus creditoris in re pignerata.*

Exemplum hujus rei affert Scævola: Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat. Postea is fundus a possessore Pignori datus est. Quæsitum est an recte Pignori datus est? Respondit, Si pecunia intercessit (3), Pignus esse.

Item quæsiit: Si cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset fundum secundum legem domini esse; cujus potior causa esset? Respondit, Si (ut proponeretur) vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset; etiam Pignoris jus evanuisse (4). *l.* 31. *ff. de Pign. et Hypoth.* SCÆVOLA LIB. 1. RESPONS.

Aliud exemplum ex Marcello affert Ulpianus. Si res distracta fuerit sic, NISI INTRA certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita; et forte emptor antequam melior conditio offerretur, hanc rem Pignori dedisset: Marcellus libro 5 Digestorum ait, finiri Pignus si melior conditio fuerit allata (5). *l.* 3. ULPIAN. LIB. 8. DISPUT.

X. *Ita demum autem soluto jure debitoris, solvitur jus creditoris in re pignerata; si jus creditoris ex causa necessaria, et jam tempore quo Pignus constitutum est existenti, solvatur.*

Maxime autem si jus quod in re habebat is qui eam obligavit, solvatur novo aliquo ipsius facto (6); *Pignus non solvetur.*

Unde ex ejusdem Marcelli sententia statim subdit Ulpianus: Quanquam ubi sic res distracta est, NISI EMPTORI DISPLICUISSET; Pignus (7) finiri non putet. *d. l.* 3. § *quanquam.*

Et ipse Ulpianus alibi ait: Si debitor cujus res Pignori obligatæ erant, servum quem emerat, redhibuerit; an desinat Servianæ locus esse? Et magis est ne desinat: nisi ex voluntate creditoris hoc factum est. *l.* 4. ULP. LIB. 73. AD ED.

XI. *Multo minus Pignus solvetur alienatione rei pigneratæ, postea a debitore facta; cui creditor non consensit.*

Unde placet, Si fundus pigneratus vænierit, manere causam Pignoris; quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillæ qui post venditionem natus (8) sit. *l.* 18. § 2. *ff. de Pigner. act.* PAUL. LIB. 29. AD ED.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Res Pignoris Hypothecæve jure creditoribus obnoxias, citra consensum eorum debitores alienantes, præcedentem non dissolvunt obligationem. *l.* 10. *Cod. de Remiss. Pignor.*

Hinc et Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit Hypothecæ; divisione facta cum socio; non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit qui Pignori dedit: sed utriusque pars pro indiviso, pro parte dimidia manebit obligata. *l.* 7. § 4. GAIUS LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

(1) Objectio est. Forte quis dixerit hoc pactum ne pecunia petatur, esse *personale*; eoque id tantum agi ut a debitore qui hoc paciscitur, non petatur: non vero pactum *In rem*, ut pignus remittatur; maxime si alius quam debitor qui hoc pactus est, possideat pignus. Eo enim casu, si pignus vindicet creditor actione *Serviana* adversus possidentem, quomodo poterit hic tertius possessor opponere exceptionem *Pacti* cum debitore facti, si dicatur pactum illud personale esse? Sed respondet dicendum pactum illud esse *In rem*, et perpetuam exceptionem parere.

(2) Quo alius quam debitor qui pactus est, possidet pignus.

(3) Nam si obligatio pro qua Pignus constitutum est, per exceptionem *Non numeratæ pecuniæ* esset inefficax; non consisteret Pignus.

(4) Soluto enim jure debitoris in eo fundo, consequens est solvi Pignus quod in eo constituit.

(5) Soluto jure emptoris qui illud constituerat.

(6) Contrarium non est quod modo supra dicitur ex l. 31. *Evanuisse* Pignus ex eo quod is qui rem obligavit, cessaverit solvere canonem. Nam quum cessat solvere canonem; potius non facit, quam aliquid facit. Non igitur novo ipsius facto, sed sola potestate legis sub qua fundum vectigalem habebat, jus quod in eo fundo habuit, solvitur: et hæc causa necessaria est, et existebat antequam Pignus in eo fundo constitueretur.

(7) Quod emptor illo constituerat.

(8) Sed ante conceptus. Alioquin Pignori matris non accederet; ut vid. supra Tit. *Quæ res Pignor.* Art. 3.

SECTIO III.

Rei pigneratæ interitu, extingui Pignus.

XII. *Contingit etiam Pignoris extinctio ex rei pigneratæ interitu. Nec refert an res corporalis an incorporalis fuerit : Nam* Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, Pignus Hypothecave perit. *l.* 8. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Res autem interiisse intelligitur, si in speciem aliam transierit.

Unde Si quis caverit ut sylva sibi Pignori esset; navem ex ea materia factam non esse Pignoris, Cassius ait : quia aliud sit materia, aliud navis. Et ideo nominatim in dando Pignore adjiciendum esse ait, QUÆQUE ex sylva facta natave (1) sint. *l.* 18. § 3. *ff. de Pignerat. act.* PAUL. LIB. 29. AD EDICT.

XIII. *Quod si rei pigneratæ potius aliquid accessit aut decessit, quam ipsa in aliam speciem transiit; Pignus durat.*

V. G. Si res Hypothecæ data, postea mutata fuerit, æque Hypothecaria actio competit : veluti de domo data Hypothecæ, et horto facta : item si de loco convenit, et domus facta sit : item de loco dato, deinde vineis in eo positis. *l.* 16. § 2. *ff. de Pign. et Hypoth.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Similiter, exusta domo Pignori data; et aream ejus teneri supra vidimus : Tit. Quæ res Pignor. *N.* 15.

SECTIO IV.

De Pignoris remissione.

Extinguitur Pignus, quum creditor jus Pignoris remisit. Hoc autem contingit, vel quum de Pignore remittendo speciale pactum interponitur, aut eo nomine creditori satisfit; vel quum alienationi rei pigneratæ creditor consensit; vel quum consensit ut alteri obligaretur; vel quum aliunde inducitur voluntas remittendi Pignoris.

An autem ipso Jure extinguatur hoc modo, quemadmodum tribus superioribus modis, an per exceptionem duntaxat; certant Interpretes. Cujacius in Comment. ad Papin. ad l. 7. § 2. *ff.* de Pactis, *censet per remissionem Pignus perimi non ipso Jure sed opè exceptionis duntaxat. Contra D. Noodt multis probare conatur, Hypothecam ut solo pacto constituitur, ita solo pacto ipso Jure tolli : lib. de* Pact. et Transact. *cap.* 13.

ARTICULUS I.

De pacto quod de remittendo Pignore interponitur; et de satisfactione.

§ 1. *De pacto remittendi Pignoris.*

XIV. *Tale pactum persecutionem Pignoris excludit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Major annis viginti quinque Pignoris conventionem remissam, eum hoc (2) solutum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest. *l.* 23. *Cod. de Pign. et Hypoth.*

Item Si convenerit ne pars dimidia pro indiviso Pignori sit; quæcumque fundi ejus pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur. *sup. d. l.* 8. § 3.

Igitur Si plures dederint pro indiviso, et cum uno creditor paciscatur ne Hypothecæ sit : deinde ab eo petat : etiamsi hic cum quo pactus est, solidum fundum possideat pro indiviso; quia de parte convenisset, non repellit eum a toto. *d. l.* 8. § 4.

XV. *Et quidem inter creditorem, et debitorem aliumve rei pigneratæ dominum, Hoc pactum de remittendo Pignore intervenire debet.*

Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam extiterit; paciscendo, inutilem sibi faciet Hypothecariam actionem : in tantum ut putem recte dici, et dominis (3) litis hoc casu nocere hanc exceptionem. *d. l.* 8. § 2. ¶ *itemque.*

De aliis autem creditoris procuratoribus contrarium dicendum est, nisi speciale ad hoc mandatum habeant.

Hoc docet Gaius : Videbimus si procurator omnium bonorum consensit, vel servus actor cui et solvi potest et in id positus est, an teneat consensus eorum? Et dicendum est, non posse; (4) nisi specialiter hoc eis mandatum est. *l.* 7. § 1. GAIUS LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Quocirca An pacisci possint filiusfamilias et servus, ne res Pignori sit; quam peculiariter Hypothecæ (5) acceperint, et habent liberam administrationem, videamus : an quemadmodum donare non possunt, ita nec pacisci ne Pignori sit, possint? Sed dicendum est ut concedere possint; scilicet si pretium pro pactione accipiant, quasi vendant. *sup. d. l.* 8. § 5.

XVI. *At vero quod ad debitorem attinet; non*

(1) Alioquin non durat Pignus, in materia arborum quæ in alias species transiit : cæterum durat in solo unde dejectæ sunt arbores.

(2) Id est, *cum hanc remissionem Pignoris tueatur solum pactum* quod intercessit, *vel* [ut exactius loquamur] *jurisdictio* Prætoris quæ huic pacto vim tribuit.

(3) Quæ hic traduntur, consentanea sunt his quæ tradidimus supra lib. 2. Tit. *de Pactis.* Sect. 3 et Sect. 5. art. 2. §§ 2 et 3.

(4) Accipe de casu quo procurator remisisset pignus donationis causa. Quod si quis accepit ut remitteret jus pignoris, pactum debet domino nocere : supra Tit. *de Pactis* N. 46 et infra mox l. 8. § 5. h. tit.

(5) Florent. *Hypothecam*, eodem sensu.

solum si ipse debitor pactus sit; neque solum Si Procurator debitoris in rem suam sit; non puto dubitari debere quin pactum noceat creditori. *d. l.* 8. § 2.

Sed et si cum *(alio quovis)* debitoris procuratore convenit ne sit res obligata; dicendum est, id debitori per Doli (1) exceptionem prodesse. Quum autem eum servo ejus convenerit, per ipsum pacti conventi exceptionem debet (2). *l.* 7. § 2. GAIUS LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Hoc pactum in rem est, et prodest cuilibet successori debitoris. Hinc Marcianus : Creditor ne Pignori Hypothecæve sit res, pacisci potest (3). Et ideo si heredi pactus fuerit, ei quoque proderit pactum cui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano. *l.* 8. § 1. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

§ 2. *De Satisfactione.*

XVII. *Si nullum remittendi Pignoris pactum, jus Pignoris excludit; multo magis quum pro Pignore creditori satisfactum est.*

Igitur Si convenerit ut pro Hypotheca fidejussor daretur, et datus sit, satisfactum videbitur, ut Hypotheca liberetur. *l.* 5. § 2. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Unde Labeo : Cum colono tibi convenit ut inveeta importata Pignori essent, donec merces tibi soluta, aut satisfactum esset : deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo; et ideo illata Pignori esse desisse. *l.* 14. LIB. 5. POSTERIORUM A JAVOLENO EPITOMATORUM.

Item Satisfactum esse creditori intelligitur, et si jusjurandum delatum datum est Hypothecæ non esse rem obligatam. *sup. d. l.* 5. § 3.

XVIII. *Notandum est autem inter solutionem, et satisfactionem, discrimen insigne.*

Nam cum solvatur invito, volenti autem demum satisfiat; hinc sequitur quod Qui paratus est solvere, merito Pignus videtur liberasse. Qui vero non solvere, sed satisfacere paratus est, in diversa causa est. Ergo satisfecisse prodest; quia sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admisit vice solutionis. At qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est. *l.* 6. § 1. ULP. LIB. 73. AD ED.

Hoc Ulpianus significat quum addit : In satisdatione autem non utimur Atilicini sententia, qui putabat si satisdetur (4) alicui certæ pecuniæ, recedere eum a Pignoribus debere. *d. l.* 6. § *fin. ff. Quib. mod. Pign. solv.* ULP. LIB. 73. AD ED.

XIX. *Actio Judicati pro satisfactione non est. Igitur* Etiamsi creditor judicatum debitorem fecerit, Hypotheca manet obligata; quia suas conditiones habet Hypothecaria actio, id est, SI SOLUTA EST PECUNIA, AUT SATISFACTUM EST : quibus cessantibus, tenet. Et si, cum defensore, In personam egero; licet is mihi satisdederit et damnatus sit, æque Hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si In personam actum sit sive cum reo, sive cum fidejussore, sive cum utrisque; pro parte licet damnati sint, Hypotheca manet obligata. Nec per hoc videtur satisfactum creditori quod habet Judicati actionem. *l.* 13. § 4. *ff. de Pign. et Hypoth.* MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

XX. *Consonat quod rescribit Gordianus :* Quamvis personali actione expertus adversus reum vel fidejussores seu mandatores ejus feceris condemnationem, Pignoris tamen adhuc habes persecutionem. *l.* 8. *Cod. de Pignor. et Hypothec.*

ARTICULUS II.

De consensu alienationi rei pigneratæ dato.

XXI. *Consensus creditoris alienationi rei pigneratæ datus, tacitum remittendi Pignoris pactum continere videtur; juxta Regulam Juris* CREDITOR qui permittit rem vænire, Pignus dimittit. *l.* 158. *de Reg. Jur.* GAIUS LIB. 26. AD ED. PROVINC.

Igitur Si in venditione Pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det; dicendum erit, Pignus liberari. *l.* 4. § 1. ULPIAN. LIB. 73. AD ED.

Scilicet; Nisi salva causa Pignoris sui consensit vel venditioni vel cæteris : nam solent multi salva causa Pignoris sui consentire. Sed et si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit ne discederet a Pignore nisi ei satisfiat; dicendum erit, exceptionem ei non nocere. *d.* § 1.

Huic regulæ consonat quod rescribunt Severus et Antoninus : Si probaveris te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam, sciente et consentiente ea quæ sibi eum a venditore obligatum dicit; exceptione eam removebis. Nam obligatio Pignoris, consensu et contrahitur et dissolvitur. *l.* 2. *Cod. de Remiss. Pign.*

Item Gordianus. Cum te a debitore mercatum proponas eam rem quæ alii pignorata erat; si sciente eo ac Pignus suum remittente, eam mercatus es : eum ejus consensu nexus Pignoris evanuerit, si non nova voluntas intercesserit quæ denuo obligationem Pignoris constitueret, ea res velut obstricta non potest vindicari. *l.* 4. *Cod. d. tit.*

(1) Non per exceptionem *Pacti*; quia ipsi dumtaxat qui pactus est, pactum prodesse potest. Vid. Tit. *de Pactis* N. 48.

(2) Suppla, *prodesse.* Nam per eos quos in potestate habemus, recte acquirimus.

(3) Suppl : et hoc pacto efficere, ut effectu res Pignoris Hypothecæve amplius non sit; tribuendo scilicet exceptionem, non *in personam* sed *in rem : et ideo si creditor hoc pactus fuerit heredi*, id est, cum herede debitoris, at heres ille postea restituerit hereditatem; hoc pactum proderit fideicommissario, cum quo creditor pactus non est.

(4) Id est, si offeratur satisdatio.

XXII. *Et ita quidem, quum totius rei pignoratæ alienationi creditor consensit. Quod* Si convenit de parte pro indiviso alienanda, si certa res est quæ vænit, potest dici de reliqua parte ab initio agi oportere: nec obstat exceptio. *l.* 7. § 3. Gaius lib. singul. ad formul. Hypothec.

Igitur ut quæ ad hunc Pignoris remittendi modum pertinent, fusius exponamus; videndum 1.° *Cui alienationi consensus datus hanc Pignoris remissionem contineat; et cujus personæ consensus hoc operetur;* 2.° *Qualis consensus esse debeat, et quando interpositus videatur;* 3.° *Quæ hunc consensum sequi necne oporteat.*

§ 1. *Cui alienationi consensus datus, et a qua persona, hanc Pignoris remissionem contineat.*

XXIII. *Quum dicitur Pignus remissum videri, ab eo qui venditioni ejus consensit; observandum quid venditionis aut alienationis nomine hic contineatur.*

Venditionis autem appellationem generaliter (1) accipere debemus; ut et si legare permisit, valeat quod concessit. *l.* 8. § 11. Marcian. lib. singul. ad formul. Hypothec.

Obiter nota: Quod ita intelligemus ut et, si legatum repudiatum fuerit, convalescat Pignus. *d.* § 11.

Hac in re etiam manumissio servi pignerati recte alienationi comparatur. Hinc Severus et Antoninus: Si te manomissum, et in libertate moratum sciente ea cui Pignoris nomine obligatus diceris, Præsidi probaveris; ex consensu creditricis remissam Pignoris obligationem apparebit: et per hoc jure te manumissum (2), nec ab herede creditricis in servitutem peti posse certum est. *l.* 1. *Cod. de Remiss. Pignor.*

XXIV. *Cæterum hanc Pignoris remissionem parit, hujus demum creditoris consensus qui jus alienandi habeat.*

Unde Gaius: Si consensit venditioni creditor, liberatur Hypotheca. Sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si præsente tutore auctore consenserit; aut etiam ipse tutor, scilicet si commodum aliquid vel satis ei fieri ex eo judex æstimaverit. *l.* 7. Gaius lib. singul. ad formul. Hypothec.

Vide et quæ supra dicta sunt de iis qui Pignus remittere possunt: Art. præced. § 1.

§ 2. *Qualis consensus hanc Pignoris remissionem pariat, et quando interpositus videatur.*

XXV. *Consensus alienationi datus a creditore remissionem Pignoris parit, sive fuerit prævius, sive alienationem secutus fuerit.* Sed enim etsi non concesserat Pignus venumdari, sed ratam habuit venditionem; idem erit probandom. *l.* 4. § 1. ¶ *fin.* Ulp. lib. 73. ad Ed.

XXVI. *Nil etiam refert, expressus fuerit an ex aliquo facto inducatur. V. G.* Sed si subscripserit (3) forte in tabulis emptionis, consensisse videtur; nisi manifeste appareat, deceptum esse. Quod observari oportet, et si sine scriptis consenserit. *l.* 8. § 15. ¶ *sed si.* Marcian. lib. singul. ad formul. Hypothec.

Voluntas remittendi Pignoris præsumitur etiam in specie sequenti. Titius Sempronio fundum Pignori dedit, et eumdem fundum postea Gaio-Seio Pignori dedit; atque ita idem Titius Sempronio et Gaio-Seio fundum eumdem in assem vendidit, quibus Pignori ante dederat in solidum singulis. Quæro an, ex venditione interposita, jus Pignoris extinctum sit; ac per hoc jus solum emptionis apud ambos permanserit? Modestinus respondit, Dominium ad eos de quibus quæritur, emptionis jure pertinere: cum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem Pignoratitiam (4) actionem eos non habere (5). *l.* 9. Modestin. lib. 4. respons.

Maxime autem alienationi consensisse videbitur creditor, si eum creditore rem alienante correum se exhibuerit.

Hinc Lucius Titius quum esset uxori suæ Gaiæ-Seiæ debitor sub Pignore sive Hypotheca prædiorum, eadem prædia cum uxore sua Septitiæ communis filiæ nomine Sempronio marito ejus futuro in dotem dedit. Postea defuncto Lucio Titio, Septitia filia abstinuit se hereditate paterna. Quæro an mater ejus Hypothecam persequi possit? Paulus respondit, Pignoris quidem obligationem prædiorum Gaiam-Seiam quæ viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit, cum communis filiæ nomine darentur, remisisse videri: obligationem autem personalem perseverasse; sed adversus eam quæ patris hereditate se abstinuit, actionem non esse dandam. *l.* 11. Paul. lib. 4. respons.

XXVII. Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit; quum ideo passus est vænire, quod sciebat ubique Pignus sibi durare. *l.* 8. § 15. Marcian. lib. singul. ad formul. Hypothec.

Duobus tamen casibus ex solo creditoris silentio perimetur Pignus.

Primus casus. Si eo tempore quo prædium distrahebatur, programmate admoniti creditores, quum præsentes essent, jus suum executi non

(1) Id est, pro quavis alienationis specie.

(2) Nam [ut videb. infra lib. 40. Tit. *Qui et a quibus manumissi*] servus manumitti non potest, nisi ex consensu creditoris cui specialiter est obligatus.

(3) Non tanquam merus testis duntaxat; sed animo consentiendi obligationi, et remittendi Pignoris.

(4) Id est, *Hypothecariam.*

(5) Censentur enim hoc consensu, jus sui Pignoris remisisse.

sunt; possunt videri obligationem Pignoris amisisse. *l.* 6. *Cod. de Remiss. Pign.* DIOCL. ET MAXIM.

Alter casus. Si Hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium; palam est etiam actionem suam amisisse eos quam in rem habebant. Nam FISCALIS HASTÆ FIDES FACILE CONVELLI NON DEBET. *l.* 8. *Cod. d. tit.* IIDEM.

§ 3. *Quæ consensum alienationi Pignoris datum sequi oporteat necne, ut remittatur Pignus.*

XXVIII. *Ut ex consensu alienationi Pignoris dato remissio Pignoris contingat, oportet effectum secutum esse.*

Unde Marcianus: Si voluntate creditoris fundus alienatus est, invereconde applicare sibi eum creditor desiderat; si tamen effectus sit secutus venditionis. Nam si non vænierit; non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit vænire. *l.* 8. § 6. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Effectus autem videtur secutus, statim atque perfectus est contractus. Hinc idem ait: Si debitor vendiderit rem, nec tradiderit; an non repellatur creditor (1), quasi adhuc res in bonis sit debitoris? An vero, cum teneatur Ex empto, Pignus extinguatur? Quod et magis est (2). Sed quid si pretium venditor consecutus non sit, nec paratus sit emptor dare? Tantumdem potest dici (3). *d. l.* 8. § 12.

XXIX. *Non videbitur vero effectus secutus, si contractus non valeat.*

Hinc Belle quæritur? Si forte venditio rei specialiter obligatæ non valeat, an nocere hæc res creditori debeat quod consensit? Ut puta, si qua ratio Juris venditionem impediat: dicendum est, Pignus valere. *l.* 4. § 2. ULP. LIB. 73. AD ED.

Idem est, si simulatus fuerit contractus: quod præsumitur, si possideat rem debitor; nisi nova causa appareat ex qua possideat.

Hoc docet Marcianus. Supervacuum est quærere agrum specialiter Hypothecæ datum, permissu creditoris vænisse, si ipse debitor rem possideat: nisi quod potest fieri ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem vel ab alio ad quem per successionem ea res pertinere cœpisset; aut si ipse debitor emptori heres extiterit. Verumtamen (4) eum pecunia soluta non sit, Doli mali suspicio inerit translata ad præsens tempus; ut possit creditor replicationem Doli mali objicere. *sup. d. l.* 8. § 7.

XXX. *Non videbitur etiam effectus secutus, si non ea alienationis species secuta sit cui creditor consenserat, sed alia; in qua re tamen voluntatis quæstio est.*

Hinc Marcianus. Sed si permisit creditor vendere, debitor vero donaverit; an exceptione illum summoveat? An facti sit magis quæstio, numquid ideo vænire voluit ut pretio accepto ipsi quoque res expediat? Quo casu non nocebit consensus. Quod si in dotem dederit; vendidisse hoc casu recte videtur, propter onera matrimonii. In contrarium si concessit donare, et vendiderit debitor; repelletur creditor: nisi si quis dicat ideo concessisse donari, quod amicus erat creditori is cui donabatur. *sup. d. l.* 8. § 13.

Extra hunc casum autem singularem, creditor qui permisit donare, præsumi debet implicite permisisse quovis alio titulo alienare; juxta hanc Juris regulam: CUI jus est donandi, eidem et vendendi et concedendi jus est. *l.* 13. *de Reg. Jur.* ULP. LIB. 55. AD ED.

Nam NON debet cui plus licet, quod minus est non licere. *l.* 21. *d. tit.* ULPIAN. LIB. 27. AD SABIN.

XXXI. *Pariter non videtur effectus secutus, si leges circa tempus conditionesve alienationis a creditore dictas debitor non servaverit.*

Ut puta: Quod si concesserit decem vendere, ille quinque vendiderit, dicendum est non esse repellendum creditorem.

In contrarium; non erit quærendum quin recte vendiderit, si pluris vendiderit quam concessit creditor. *l.* 8. § 14. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Sed si intra annum aut biennium concesserit creditor vendere; post hoc tempus vendendo, non aufert Pignus creditori. *d. l.* 8. § 18.

XXXII. *Denique non videbitur effectus secutus, si non persona cui concessum est alienaverit, sed alia. Hinc quæritur:* Si debitor concessa venditione desierit possidere; et novus possessor vendiderit: an duret Pignus quasi personæ permiserit creditor? Quod et magis est. Nam (5) si novo possessori, non debitori a quo Hypothecam accepit, concessit creditor vendere; dicendum est, nocere ei exceptionem. *d. l.* 8. § 17.

Quod Si debitori concessum sit, et heres ejus vendiderit; potest facti quæstio esse, quid intellexerit creditor. Sed recte vænisse dicendum est. Hæ enim subtilitates ab judicibus non admittuntur. *d. l.* 8. § 16.

XXXIII. *Sicut non perimitur Pignus ex eo quod creditor ejus alienationi consenserit, si effec-*

(1) Qui consensit ut venderetur.

(2) Scilicet ut repellaris hac exceptione: *Dolo facis, qui petis rem quam ex voluntate tua teneor alteri tradere.*

(3) Nam et hoc casu *Ex empto* tenetur rem quam voluntate creditoris vendidit tradere; non quidem nunc, sed quandocumque emptor pretium offeret. His autem casibus quibus ab obligatione rei tradendæ prorsus absolutus esset, convalesceret Pignus. Infra N. 33.

(4) Sensus est. *Verumtamen cum pecunia* pro qua ager obligatus erat, *soluta non sit;* et ideo creditor agat Serviana: ex possessione quam præsenti tempore habet debitor, colligetur alienationem non fuisse secutam; adeoque dolo facere debitorem quum allegat Pignus remissum ex consensu dato alienationi quæ non sit secuta. Ideo exceptio de remisso Pignore elidetur per hanc replicationem; scilicet, Dolo hoc a debitore allegari.

(5) *Nam* pro *sed.*

tus non sit secutus ; ita convalescit, si effectus non duraverit.

Hinc Paulus : Voluntate creditoris, Pignus debitor vendidit; et postea placuit inter eum et emptorem, ut a venditione discederent. Jus Pignorum salvum erit creditori. Nam sicut debitori, ita et creditori pristinum jus restituitur. Neque omnimodo creditor Pignus remittit; sed ita demum si emptor rem retineat, nec reddat venditori : et ideo si judicio quoque accepto, venditor absolutus sit; vel, quia non tradebat, in id quod interest condemnatus; salvum fore Pignus creditori, dicendum est. Hæc enim accidere potuissent, etiamsi non voluntate creditoris vendidisset (1). *l.* 10. PAUL. LIB. 3. QUÆST.

Quod si non ex resolutione contractus, sed alio titulo res redierit ad debitorem ; non ideo convalescet Pignus in ea re : etiamsi fuerit Pignus omnium rerum tam præsentium quam futurarum. De qua re lis fuerat inter Veteres, a Justiniano sopita. *l. fin. Cod.* de Remiss. Pignor.

XXXIV. *Una quæstio superest : an consensus noceat creditori quum debitor fidem fefellit, nec ipsi ex pretio satisfecit ?*

Ea de re ita Marcianus. Illud videamus : Si Titius debitor voluntate creditoris sui vendiderit Mævio, vel ei a quo Mævius emerit; et postea Mævius Titio heres extiterit, et creditor ab eo petat; quid Juris sit ? Sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui non successionis jure sed alio modo rem nactus est. Potest tamen dici, cum Titii dolus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat; iniquissimum esse ludificari eum. *l.* 8. § 8. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Quod si is fundus a Mævio alicui obligatus possideatur, cui nondum satisfactum erit; tunc rursus æquum erit excipi, SI NON VOLUNTATE CREDITORIS VÆNIT. Licet enim dolus malus debitoris intervenit, qui non solvit; tamen secundus creditor qui Pignori accepit, potior est. *d. l.* 8. § 9.

Tutius tamen est (si debitor a creditore petat ut ei permittat Pignus vendere, quo magis satisfaciat) ante cautionem accipere ab eo qui rem empturus erit; ut pretium rei venditæ, usque ad summam debiti creditori solvatur. *d. l.* 8. § 10.

ARTICULUS III.

De consensu a creditore dato, ut res sibi pignerata alteri obligaretur ; et aliis causis ex quibus inducitur voluntas remittendi Pignoris.

XXXV. Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem quum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum Pignoris remisisse videri; non etiam tertium in locum ejus successisse : et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, et si Respublica (2) tertio loco crediderit. *l.* 12. PAUL. LIB. 5. RESPONS.

Hac in re tamen facti est quæstio. Unde Marcianus : Si tecum de Hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate; secundus potior erit. Pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quæritur ? Erit autem facti quæstio agitanda, quid inter eos actum sit : utrum ut discedatur ab Hypotheca in totum, quum prior concessit creditor alii obligari Hypothecam; an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur. *l.* 12. § 4. *ff. Qui potiores.* MARCIAN. LIB. SING. AD FORMUL. HYPOTHEC.

Consensus autem creditoris ut alteri res obligaretur, vel tacitus sufficit : V. G. si subscripserit cautioni qua res alteri obligabatur ; ut in specie sequenti. Titius Seio pecuniam sub pignore fundi dederat : qui fundus cum esset Reipublicæ ante obligatus, secundus creditor pecuniam Reipublicæ [eam] solvit. Sed Mævius extitit qui dicebat, ante Rempublicam sibi fundum obligatum fuisse. Inveniebatur autem Mævius instrumento cautionis cum Republica facto a Seio interfuisse et subscripsisse, quo caverat Seius fundum nulli alii esse obligatum. Quæro an actio aliqua IN REM Mævio competere potest ? Modestinus respondit, Pignus cui is de quo quæritur consensit, minime eum retinere posse. *l.* 9. § 1. MODEST. LIB. 4. RESPONS.

XXXVI. *Aliis etiam ex causis, voluntas remittendi Pignoris inducitur.*

Unam referunt Diocletianus et Maximianus. Creditorem patrui tui, sub obligatione fundi qui per chirographum nexus Pignori fuerat, jubentem eamdem cautionem reddi; Pignoris etiam jus remisisse videri manifestum est. *l.* 7. *Cod. de Remiss. Pign.*

Pariter si ipsas Pignori datas debitori restituerit, non ut precario eas haberet, sed animo remittendi Pignoris ; videbitur remisisse Pignus. Unde iidem Imperatores ita rescribunt.

Cum ex causa Mandati pro socero tuo te fenebrem pecuniam exsolvisse proponas; curabit Præses provinciæ in restituenda quam pro eo exsolvisti, necnon etiam in usuris ejus, indemnitati tuæ prospicere. Nam si recepta a creditore mancipia quæ Pignori fuerunt data; hac mente socero tuo tradidisti ut Pignoris vinculum tuum dissolvatur; obligatio semel extincta, instaurari non potest. *l.* 9. *Cod. d. tit.*

Item ex inutili remissione debiti, colligi potest utilis liberandi Pignoris voluntas. Unde Quum venditor numerata sibi parte pretii prædium quod vænierat (3), Pignori accepisset; ac postea residuum pretium emptori litteris ad eum missis do-

(1) Cum igitur hæc citra factum, citra voluntatem creditoris accideri nt; non dabant ei abesse quominus salvum maneat jus Pignoris ipsius.

(2) Nam Respublica utitur jure privatorum circa prioritatem aut posterioritatem suorum Pignorum.

(3) Et tradiderat.

nasset; eoque defuncto donationem quibusdam (1) modis inutilem esse constabat: jure Pignoris fiscum frustra petere prædium qui successerat in locum venditoris, apparuit; cujus Pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis constabat: quoniam inutilem pecuniæ donationem Lex facit, cui non est locus in Pignore liberando (2). *l.* 1. § 1. PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

Secus obtinebit, si ipsa pactio fuerit nulla defectu consensus. Sic accipe quod rescribit Gordianus: Debitum cujus meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris; et usitato more Pignora vindicare. *l.* 5. *Cod. de Remiss. Pign.*

SECTIO V.

De extinctione Pignoris per diuturni temporis præscriptionem.

XXXVII. *Non solum* Liberatur Pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est: sed et si tempore finitum Pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio ejus finita est. *l.* 6. ULP. LIB. 73. AD ED.

Scilicet potest excludi jus Pignoris per præscriptionem longi temporis. Hinc ita rescribunt Diocletianus et Maximianus. Si debitori heres non extitisti, sed justa viginti annorum possessione collata in te donatio corroborata est; neque personali actione, quia debitori non successisti, convenire te Juris ratio permittit; neque data Pignori prædia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt: quando etiam præsentibus creditoribus decem annorum præscriptionem (3) opponi posse tam Rescriptis nostris quam priorum Principum statutis probatum sit. *l.* 2. *Cod. Si adv. credit. præscript.*

Similiter rescripserat Gordianus. Diuturnum silentium longi temporis præscriptione corroboratum, creditoribus Pignus persequentibus inefficacem actionem constituit; præterquam si debitores, vel qui in eorum jura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbunt. *l.* 1. *Cod. d. tit.*

Illud nota: Ubi autem creditori a possessore longi temporis præscriptio objicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit. *d. l.* 1. *Cod.*

XXXVIII. *Quod autem diximus; heredem debitoris qui Pignus constituit, adversus persecutionem Pignoris non posse tueri se præscriptione longi temporis; hoc sic accipe, si hereditario nomine Pignus possideat: secus, si proprio nomine.*

Ita enim Ulpianus: Ex facto propositum est, quemdam quum rem Pignori dedisset, eamdem distraxisse, heredemque ejus redemisse. Quæritur an heres adversus Pignoris persecutionem exceptione longæ possessionis uti possit? Dicebam, hunc heredem qui Pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti; quia in extranei locum successit, non in ejus qui pignori dederat: quemadmodum si ante redemisset, sic deinde heres extitisset. *l.* 5. § 1. *ff. de Divers. et temporal. præscript.* ULP. LIB. 3. DISPUT.

XXXIX. *Sed quod de præscriptione longi temporis dictum est, ad usucapionem trahendum non est. Nam* Usucapio, Pignoris conventionem non extinguit (4). *l.* 7. *Cod. d. Pign. et Hypoth.* GORDIAN.

XL. *Jure novo, ex Constitutione Honorii et Theodosii, quo casu præscriptio longi temporis prodesse non posset, puta propter defectum tituli, introducta est præscriptio triginta annorum quæ sicut cæteræ actiones, ita etiam Hypothecaria actio excludi possit; scilicet a tertio possessore, non etiam ab ipso debitore. l.* 3. *Cod.* de Præscript. 30. vel. 40. ann.

Ex Constitutione autem Justiniani, etiam ipse debitor Hypothecariam actionem præscriptione excludere potest, non triginta, sed quadraginta annorum: quæ præscriptio interrumpitur, si interim novam cautionem debitor creditori dederit. l. 7. Cod. d. tit.

Ex eadem Constitutione, si posterior creditor ex causa sui posterioris Pignoris possideat; quandiu quidem vivit debitor, sola præscriptione quadraginta annorum adversus priorem creditorem juvatur; post mortem autem debitoris, etiam per triginta annorum possessionem præscribere potest. d. l. 7. Cod.

(1) Puta, ex Lege Cincia; vel quia hæ personæ erant quæ invicem donare sibi non poterant, forte conjuges.

(2) Non enim pro donatione habetur, liberatio Pignoris; nec inter conjuges interdicitur. l. 18. ff. *Quæ in fraud. credit.*

(3) Absentibus autem, præscriptionem viginti annorum.

(4) Solæ enim res corporales usucapiebantur, non etiam jura.

LIBER VIGESIMUS-PRIMUS.

TITULUS I.

DE ÆDILITIO EDICTO, ET REDHIBITIONE, ET QUANTI-MINORIS.

Ipse nobis indicavit Justinianus, cur ea quæ pertinent ad Edictum Ædilium, ad Redhibitionem, ad evictiones et stipulationem Duplæ, in hoc libro collocaverit, post tractatum de venditionibus, de quibus in posterioribus libris superioris Pandectarum partis actum est : scilicet Ne omnes hæ definitiones, a venditionibus quarum quasi ministræ sunt, vicinitate devagentur. *Proem.* De concept. Digest. *ad Antecessor.* § 4.

Continet autem primus hic Titulus, duplex Ædilium Edictum; quorum prius ad venditiones pertinens, late exponitur : alterum quod spectat ad securitatem viarum publicarum, obiter tantum et occasione arrepta refertur; quia scilicet hæc quoque cura Ædilibus incumbebat,

PRIMA PARS.

Exponitur Edictum Ædilium-Curulium circa venditiones, cum actionibus ad hoc Edictum pertinentibus.

I. Aiunt Ædiles : « QUI Mancipia vendunt, » certiores faciant emptores quid morbi vitiive » cuique sit; quis fugitivus errove sit, noxave » solutus non sit. Eademque omnia quum ea mancipia vænibunt, palam recte pronunciante (1). » Quod si mancipium adversus ea vænisset; sive » adversus quod dictum promissumve fuerit quum » veniret, fuisset; quod ejus præstari oportere » diceretur; emptori, omnibusque ad quos ea res » pertinet, judicium dabimus ut id mancipium » Redhibeatur, Si quid autem post venditionem » traditionemque deterius, emptoris opera familiæ » procuratorisve ejus, factum erit; sive quid ex eo » post venditionem natum acquisitum fuerit, et si » quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid » ex ea re fructus pervenerit ad emptorem; ut ea » omnia restituat. Item si quas accessiones ipse » præstiterit, ut recipiat.

» Item si quod mancipium capitalem fraudem » admiserit, mortis consciscendæ sibi causa quid fecerit, inve arenam depugnandi causa ad bestias » intromissus fuerit; ea omnia in venditione pronunciante ex his enim causis judicium dabimus.

» Hoc amplius : si quis adversus ea, sciens, » dolo malo vendidisse dicetur; judicium dabimus ». *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædilium Curulium.

II. Causa hujus Edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium; et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint. Dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quæ Ædiles præstari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum : potuit enim ea nota habere venditor. Neque enim interest emptoris cur fallatur, ignorantia venditoris in calliditate. *d. l.* 1. § 2.

Enimvero triplex ex hoc Edicto actio descendit : Ex priori quidem Edicti parte, actio Redhibitoria

(1) Gellius *Noct. Attic.* IV. 2. refert verba cujusdam antiqui Ædilium-Curulium Edicti; quo, qua parte de mancipiis vendendis scriptum est, cautum sic fuit : « Titulus servorum singulorum utei scriptus sit coerato » [*id est, curato*]; ita utei intelligi recte possit quid » morbi vitiive quoique sit, quis fugitivos errove sit, » noxave solutus non sit ». De his titulis mentionem facit Suetonius de *Illustr. Grammat.* cap. 4. Item Propertius lib. 4. Eleg. 5.

At quorum titulas per barbara colla pependit,
Cælati medio quum saliere foro.

Item Petronius [Edit. 1677. pag. 25.] *Erat venalitium* [id est, servus venalitius] *titulis pictum,*

et actio Quanti-minoris (1), *in quibus proponendis nulla (ut ex verbis Edicti liquet) doli venditoris fit mentio. Posteriori autem Edicti clausula* Hoc amplius, etc. *insuper aliam actionem promittunt Ædiles adversus venditorem qui dolo sciens quædam rei vitia dissimulasset.*

III. *Cæterum quid hac ultima actione contineretur, non vidimus in Edicto. Probabile est hoc contineri ut venditor damnum quod emptor ex dissimulato mancipii vitio sensit, sarcire in solidum teneatur. Et ad hanc actionem putem referri posse quod rescribit Antoninus :* Si non simpliciter, sed consilio fraudis, servum tibi nescienti fugitivum vel alio modo vitiosum quis vendidit; isque idem fugitivus abest : non solum in pretium servi, venditorem convenire; sed etiam damnum quod per eum tibi accidit, competens judex (ut jam pridem placuit) præstari jubebit. *l.* 1. *Cod. de Ædilit. act.*

De hac igitur actione nihil est amplius quod dicamus.

IV. *De actionibus autem* Redhibitoria *et* Æstimatoria *seu* Quanti-minoris, *late hic tractandum venit.*

Redhibitoria *actio est illa quæ ex certis causis emptori, Redhibere parato, datur adversus venditorem; ut venditor obligationem venditi ei remittat, pretiumque quod recepit, restituat.*

Redhibere *autem* est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit. Et quia reddendo id fiebat, idcirco Redhibitio est appellata; quasi redditio. *l.* 21. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Æstimatoria *seu* Quanti-minoris *actio* (2) *est ea quæ emptori datur adversus venditorem; ut venditor ex pretio restituat remittatve Quanti-minoris emisset emptor, si rei venditæ vitium cognovisset.*

Quæ ad utramque actionem ex Ædilium Edicto descendentem pertinent, in sex Sectiones distribuam. In 1.° Quæremus ex quibus contractuum speciebus, et quarum rerum nomine his actionibus locus esse possit : in 2.° et 3.° Ex quibus causis competant, tum Redhibitoria, *tum* Æstimatoria. *In 4.° Videbimus de personis quibus et adversus quos hæ actiones dentur; et an individua sit Redhibitionis causa. In 5.° Videbimus quid veniat in his actionibus : in 6.° Quando et quandiu competant.*

Subjungetur in modum Appendicis et septima Sectio circa duas alias actiones ad materiam Redhibitionum pertinentes.

SECTIO I.

Ex quibus contractibus, et quarum rerum nomine locus esse possit actionibus Ædilitiis; Redhibitoriæ *scilicet, et* Æstimatoriæ *seu* Quanti-minoris.

ARTICULUS I.

Quæ contractuum species his actionibus locum dare possint.

V. Sciendum est, ad venditiones (3) solas hoc Edictum pertinere; non tantum mancipiorum, verum cæterarum (4) quoque rerum. *l.* 63. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Enimvero aiunt Ædiles : Emptori.

Emptorem accipere debemus, eum qui pretio emit.

Sed et si quis permutaverit; dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc Edicto experiri. *l.* 19. § 5. ¶ *emptorem.* Ibid.

Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur. Hæc tamen ratio redditur; vel quia nunquam istorum (5) de hac re fuerat jurisdictio; vel quia non similiter (6) locationes ut venditiones fiunt. *sup. d. l.* 63. ¶ *cur autem.*

VI. *At vero* Ad res donatas, Edictum Ædilium-Curulium non pertinere dicendum est. Etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? Quid ergo, si res ab ea cui donata est melior facta sit? Nunquid quanti ejus qui meliorem fecit interest, donator conveniatur? Quod minime dicendum est, ne ex causa liberalitatis suæ donator pœnam patiatur. Itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere quæ in rebus venalibus Ædiles repromitti jubent.

Sane de dolo donator obligare se et debet et solet (7), ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet (8). *l.* 62. Modest. lib. 8. different.

(1) Actionem *Quanto-minoris* Edicto Ædilium contentam fuisse constat ex his quæ in decursu de hac actione dicentur; quamvis in fragmento Edicti quod nobis servavit Tribonianus, per incuriam omiserit quod hanc actionem *Quanto-minoris* spectabat.

(2) Diversa prorsus ab actione *Æstimatoria* seu *De æstimato* quæ ex contractu Æstimatorio oritur; de qua supra lib. 19. Tit. 3.

(3) Etiam late sumptas, ut modo infra.

(4) Ex sententia Edicti; ut videb. Art. seq.

(5) Ædilium scilicet.

(6) Ratio hæc obscura est. Hanc ita explicare tentat D. Noodt : quia (inquit) etiam vitioso mancipio aut animali recte quis utitur ad opus ad quod illud conduxit; contra semper interest emptoris vitiosum non esse. Adde quod raro quis locabit morbosum mancipium, cum magis in eo locando damnum passurus sit quam lucrum sentiat : at procliviores sunt homines in vendendis morbosis et vitiosis rebus.

(7) Ea stipulatione quæ solet interponi Dolum abesse abfuturumque esse; ex qua dabitur actio *Ex stipulatu*. Quod si stipulatio non intervenerit, actio *De dolo* dabitur.

(8) Ne quod benignitas videtur, fraudis consilium revocet et convertat in perniciem donatarii : V. G. si donet ei rem alienam hoc consilio ut, postquam in eas magnos sumptus fecerit, ei evincatur.

ARTICULUS II.

Propter quas res istæ actiones competant.

VII. Non solum de mancipiis, sed de omni animali hæ actiones competunt; ita ut etiam, si usumfructum in homina emerim, competere deberet. *l.* 48. § 6. POMPON. LIB. 23. AD SABIN.

Imo Labeo scribit, Edictum Ædilium-Curulium de venditionibus rerum esse tam earum quæ soli (1) siut, quam earum quæ mobiles aut se moventes. *l.* 1. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

VIII. *Nec solum propter res quæ principaliter vænierunt, sed et propter illas quæ accesserunt, hæ actiones competunt.*

Nam Quod emptioni accedit, partem esse venditionis Prudentibus visum est. *l.* 31. § *fin.* Ibid.

Itaque sicut superius (2) venditor de morbo vitiove et cæteris quæ ibi comprehensa sunt, prædicere jubetur; et præterea, in his causis non esse mancipium, ut promittat præcipitur: ita et quum accedat alii rei homo, eadem et prædicere et promittere compelletur. Quod non solum hoc casu intelligendum est, quo nominatim adjicitur accessurum fundo hominem Stichum; sed etiamsi generaliter omnia mancipia quæ in fundo sunt, accedant venditioni. *l.* 32. GAIUS LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Proinde Pomponius ait, Justam causam esse, ut quod In venditione accessurum esse dictum est, tam integrum præstetur, quam illud præstari debuit quod principaliter vænit: nam Jure Civili, ut integra sint quæ accessura dictum fuerit, Ex empto actio est; veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint.

Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum. Nam si servus cum peculio vænierit; ea mancipia quæ in peculio fuerint, sana esse præstare venditor non debet: quia non dixit certum corpus accessurum, sed peculium tale præstare oportere. Et quemadmodum certam quantitatem peculii præstare non debet, ita nec hoc.

Eamdem rationem facere Pomponius ait; ut etiam, si hereditas aut peculium servi vænierit, locus Edicto Ædilium non sit circa ea corpora quæ sunt in hereditate aut in peculio.

Idem probat, et si fundus cum instrumento vænierit; et in instrumento mancipia sint. Puto hanc sententiam veram: nisi si aliud specialiter actum esse proponatur. *l.* 33. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

IX. *Erga quasdam res quamvis per se et principaliter vænierint, istæ actiones cessant. Nimirum* Simplariarum (3) venditionum causa ne sit Redhibitio, in usu est. *l.* 48. § 8. POMPON. LIB. 23. AD SABIN.

Non potest autem homo, ut Redhibitioni subducatur, accedere venditioni earum rerum exigui pretii quæ Redhibitioni locum non dant. Verum erit locus Redhibitioni, æque ac si principaliter vænisset.

Hinc Paulus : Justissime Ædiles noluerunt hominem ei rei quæ minoris esset, accedere; ne qua fraus aut Edicto aut Juri Civili fieret (ut ait Pedius) PROPTER DIGNITATEM HOMINUM. Alioquin eamdem rationem fuisse et in cæteris rebus : ridiculum namque esse tunicæ fundum accedere. Cæterum hominis venditioni quidvis adjicere licet : nam et plerumque plus in peculio est quam in servo; et nonnunquam vicarius qui accedit, pluris est quam is servus qui vænit. *l.* 44. PAUL. LIB 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

SECTIO II.

Ex quibus causis competat Redhibitoria *actio.*

Duobus hujus Sectionis Capitibus videbimus 1.° *Ex quibus causis competat* Redhibitoria *in venditionibus mancipiorum ;* 2.° *Ex quibus causis competat in venditionibus animalium, et cæterarum rerum.*

CAPUT PRIMUM.

Ex quibus causis competat Redhibitoria *actio in venditionibus mancipiorum.*

In mancipiorum venditionibus, generalem hanc et velut potissimam Redhibitionis causam referunt Ædiles : SI QUID MORBI VITIIVE *fuerit, cujus non fuerit certior factus emptor. Deinde specialia quædam vitia designant,* QUIS FUGITIVUS ERROVE SIT, etc. *Igitur videndum* 1.° *Quæ sint illa vitia quæ Redhibitioni locum dant ex generali Edicti Capite ;* 2.° *Quæ vitia ex speciali aliquo Edicti Capite sint Redhibitoria ;* 3.° *Quæ concurrere oporteat ut ejus vitii nomine quod natura sua, sive ex generali sive ex speciali capite Redhibitorium est, agi* Redhibitoria *possit. Hæc tribus prioribus Articulis expediemus.*

(1) Edictum quidem, de mancipiis et jumentis duntaxat loquitur; verum ex sententia Edicti, Interpretatio Prudentium actiones ex hoc Edicto ad cæteras res porrexit. Huc pertinet lex 13. ff. *de Legibus*, et ex ejus Inscriptione liquet.

(2) In Edicto scilicet, cujus verba retulimus.

(3) Id est, minorum ac vilium rerum: quarum rerum venditiones SIMPLARIAS vocat, quia propter earum evictionem non duplum sed simplum præstatur; ut videb. Tit. seq. N. 8. Enimvero propter minimam rem, in integrum restitutionem Prætor non concedit : ut vid. supra lib. 4. Tit. *de In integr. restit.* Alii aliter interpretantur. Rævardus intelligit de Venditionibus rerum esculentarum et poculentarum quæ nulla fere continet latentia vitia; quod probat ex eo quod apud Fulgent. Plac. in libell. *de Prisc. serm.* SIMPLOSES dicuntur convivæ; et qui per convivia ambulat, *Simplator.*

In quarto prosequemur reliquas Redhibitionis mancipiorum causas; scilicet Si *adversus quod dictum aut promissum est, mancipium vænierit;* Si *veterator pro novitio vænierit;* Si *venditor nationem mancipii non pronunciaverit.*

ARTICULUS I.

Expenditur circa primam Redhibitionis causam, quæ mancipiorum vitia Redhibitoria sint necne ex generali capite Edicti Quid morbi vitiive sit.

§ 1. *Quid sit morbus, quid vitium.*

X. Sciendum est, morbum apud Sabinum sic definitum (1) esse; Habitum cujusque corporis contra naturam qui usum ejus ad id facit deteriorem, cujus causa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit. Id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere. Namque totius corporis morbus est, puta ΦΘΙΣΙΣ (id est, *tabes*), febris: partis, veluti cæcitas; licet homo ita natus sit. Vitiumque a morbo multum differre; ut puta, si quis balbus sit: nam hunc vitiosum magis esse, quam morbosum (2).

Ego puto Ædiles tollendæ dubitationis gratia, bis ΚΑΤΑ ΤΟΥ ΑΥΤΟΥ [id est, *de eodem*] idem (3) dixisse; ne qua dubitatio superesset. *l.* 1. § 7. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Modestinus morbum ita a vitio distinguit. Verum est, Morbum esse temporalem corporis imbecillitatem; Vitium vero, perpetuum corporis impedimentum: veluti si talum (4) excussit. Nam et luscus utique (5) vitiosus est. *l.* 101. § 2. *ff. de Verb. signif.* Modest. lib. 6. different.

XI. *Ex definitione allata patet morbum aut vitium non posse intelligi, quod mulier prægnans sit; aut puerpera. Hinc* Si mulier prægnans vænierit: inter omnes convenit, sanam eam esse. Maximum enim ac præcipuum munus feminarum est concipere ac tueri conceptum. *l.* 14. § 1. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Puerperam quoque sanam esse; si modo nihil extrinsecus accedit, quod corpus ejus in aliquam valetudinem immitteret. *d. l.* 14. § 2.

§ 2. *An ex vitiis animi Redhibitioni sit locus.*

XII. *Non omne mancipii vitium dat Redhibitioni locum. Primo enim* Videmur hoc Jure uti ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere nisi ad corpora. Animi autem vitium ita demum præstabit venditor, si promisit, si minus, non. Et ideo nominatim de errone, et fugitivo excipitur (6). Hoc enim animi vitium est, non corporis. *l.* 4. § 3. *¶ et videmur.* Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Hinc Apud Vivianum quæritur: Si servus inter fanaticos non semper (7) caput jactaret, et aliqua profatus esset; an nihilominus sanus videretur? Et ait Vivianus, Nihilominus hunc sanum esse. Neque enim nos (inquit) minus, animi vitiis, aliquos sanos esse intelligere debere: alioquin (inquit) futurum, ut in infinito hac ratione multos sanos esse negaremus, ut puta, levem, superstitiosum, iracundum, contumacem, et si qua similia sunt animi vitia. Magis enim de corporis sanitate, quam de animi vitiis promitti. *l.* 1. § 9. Ibid.

Idem Vivianus ait, Quamvis aliquando quis circa fana bacchatus sit, et responsa reddiderit; tamen si nunc hoc non faciat, nullum vitium esse. Neque eo nomine quod aliquando id fecit, actio est; sicuti si aliquando febrem habuit.

Cæterum si nihilominus permaneret in eo vitio ut circa fana bacchari soleret, et quasi demens responsa daret; etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse: sed vitium animi, non corporis; ideoque redhiberi non posse, quoniam Ædiles de corporalibus vitiis loquuntur. Attamen Ex empto actionem admittit. *d. l.* 1. § 10.

XIII. Idem dicit etiam in his qui præter modum timidi, cupidi, avarique sunt aut iracundi (*d. l.* 1. § *fin.*): vel melancholici (*l.* 2. Paul. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.): vel protervi. *l.* 3. Gaius lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Ob quæ vitia, negat Redhibitionem esse; Ex empto dat actionem (8). *l.* 4. Ulp. lib. 1. ad Edict. Ædil. Curul.

Item aleatores et vinarios non contineri Edicto, quosdam respondisse Pomponius ait: quemadmodum nec gulosos, nec impostores, aut mendaces, aut litigiosos. *d. l.* 4. § 2.

Similiter Si furtum domino servus fecerit, non

---

(1) Gellius lib. 4. cap. 2. hanc definitionem Labeonis esse ait, a Cœlio-Sabino relatam.

(2) Recte Cicero Tuscul. Quæst. lib. 4. cap. 29. Ita vitium corporis a morbo secernit: *Morbus et ægrotatio, totius valetudinis corporis conquassatione et perturbatione gignuntur; vitium autem, integra valetudine ipsum ex se cernitur.*

(3) Scilicet, Vitium et morbum simul.

(4) Alii legunt, *oculum excussit*: quam emendationem Cujacius ad l. 113. ff. *de Verb. signific.* stultissimam appellat. Quæ enim ineptior argumentatio quam foret illa? *Qui oculum excussit, id est luscus, vitiosus est; nam et luscus vitiosus est.* Igitur censet lectionem retinendam, aitque *talum esse* os quod latet inter duos malleolos, et habet fibulæ aduncæ speciem; quod os si excat extra malleolos, amittitur usus pedis. Defectus autem illa æque vitium est, ac quodlibet aliud, puta vitium hominis lusci.

(5) Ita recte Haloander. Vulg. *itaque.*

(6) Edicto cavetur; quia scilicet repromitti debeat, quamvis sint animi vitia.

(7) Nam si *semper*; vitium usque ad corpus perveniret, et mancipium inutile redderet: quapropter esse Redhibitioni locus.

(8) Si venditor sciens dissimulavit vitium.

esse necesse hoc in venditione servi prædicere : nec ex hac causa Redhibitio est. Sed si dixerit hunc furem non esse, ex illa parte tenebitur (1) Quod dixit promisitve. *l.* 52. MARCIAN. LIB. 4. REGUL.

Item Animi potius quam corporis vitium est, veluti si ludos assidue velit spectare, aut tabulas pictas studiose intueatur; sive etiam mendax, aut similibus vitiis teneatur. *l.* 65. VENULEIUS LIB. 5. ACTION.

Obiter nota : Quid ergo est; si quid sit animi vitium tale ut id a venditore excipi oporteret; neque id venditor quum sciret pronunciasset? Ex empto eum teneri. *d. l.* 1. § 9. ¶ *quid ergo.*

XIV. *Quod diximus, vitia animi Redhibitioni locum non facere, tres replicationes patitur. Duas jam retulimus; nimirum* 1.° *Quum ea sunt quæ nominatim Edicto contenta sunt;* 2.° *Quum sunt de quibus specialiter repromisit venditor. Adhuc* 3.ª *replicatio est; scilicet ut, si ex corporis vitio vitium animi profectum sit, Redhibitioni locum faciat.*

Enimvero Vivianus : Interdum tamen (inquit) vitium corporale usque ad animum pervenire et eum vitiare : veluti contingeret ΦΡΕΝΗΤΙΚΩ [id est, *mente capto*], quia id ei ex febribus acciderit. *l.* 1. § 9. ¶ *interdum.* ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Hoc casu igitur locum habet quod ait Ulpianus : Sed si vitium corporis usque ad animum penetrat; forte si propter febrem loquantur aliena, vel qui per vicos more insanorum deridenda loquantur (in quo sit animi vitium (2) ex corporis vitio accidit); Redhiberi posse. *sup. d. l.* 4. § 1.

XV. In summa : si quidem animi tantum vitium est, Redhiberi non potest; nisi si dictum est hoc abesse, et non abest. Ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit. Si autem corporis solius vitium est, aut et corporis et animi mixtum vitium; Redhibitio locum habebit. *d. l.* 4. § 4.

§ 3. *An omnia corporis vitia, Redhibitioni faciant locum.*

XVI. *Sed nec quævis corporis vitia Redhibitioni locum dant; sed ea demum quæ gravia sunt, non ea quæ sunt levia.*

Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat; id dabit Redhibitioni locum : dummodo meminerimus non utique quolibet quam levissimus efficere ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula aut vetus quartana quæ tamen jam sperni potest, vel vulnusculum modicum, nullum habet in se delictum (3) quasi pronunciatum non sit : contemni enim hæc potuerunt. *l.* 1. § 8. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Similiter Pomponius ait, Non omnem morbum dare locum Redhibitioni; ut puta levis lippitudo, aut levis dentis auriculæve dolor, aut mediocre ulcus; non denique febriculam quantulamlibet, ad causam hujus Edicti pertinere. *l.* 4. § 6. IBID.

Hinc Trebatius ait, Impetiginosum morbosum non esse; si eo membro ubi impetigo esset, æque recte utatur. Et mihi videtur vera Trebatii sententia. *l.* 6. § 1. IBID.

XVII. Sed si quis plures digitos habeat, sive in manibus sive in pedibus; si nihil impeditur numero eorum, non est in causa Redhibitionis. Propter quod, non illud spectandum est quis numerus sit digitorum; sed an sine impedimento, vel pluris vel paucioribus uti possit. *l.* 10. § 2. GAIUS LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Eum qui alterum oculum, aut alteram maxillam majorem habet, si recte iis utatur, sanum videri Pedius scribit. Ait enim; Inæqualitatem maxillarum, oculorum, brachiorum, si nihil ex ministerio præstando subtrahit, extra Redhibitionem esse. Sed et latus vel crus brevius potest afferre impedimentum : ergo et hic erit redhibendus. *l.* 12. § 1. IBID.

Item sciendum est, scævam (4) non esse morbosum vel vitiosum; præterquam si imbecillitate dexteræ validius sinistra utitur : sed hunc non scævam, sed mancum esse. *d. l.* 12. § 3.

Is cui os oleat, an sanus sit; quæsitum est? Trebatius ait non esse morbosum, ut alicui olere; veluti bircosum, scabronem (5) : hoc enim ex illuvie oris accidere solere. Si tamen ex corporis vitio id accidit; veluti quod jecur, quod pulmo, aut aliud quid similiter dolet : morbosus est. *d. l.* 12. § 4.

Si quis natura gutturosus sit, aut oculos eminentes habeat; sanus videtur. *d. l.* 12. § 2.

XVIII. *Item morbosi non habentur, qui sunt* Vel gibberosi, vel curvi, vel pruriginosi, vel scabiosi; item muti (6) et surdi. *l.* 3. GAIUS LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

De his etiam ita Ulpianus : Quæsitum est an balbus (7) et blæsus (8) et atypus (9), isque qui tar-

(1) De qua infra Art. 4. Et si sciens dissimulaverit, non tenetur quidem ex Edicto Ædilium, sed tenetur actione *Ex empto*, ut vid. supra lib. 19. Tit. *de Act. Empt.* N. 57.

(2) Hic supplendum videtur, *quod.*

(3) Id est, nullum delictum est, ea non pronunciasse.

(4) *Un gaucher.*

(5) Vulgo *Strabonem*. Sed Strabo oculis peccat, non halitu oris. Placuit igitur nobis emendatio Cujacii qui Observ. XI. 10. legit *Scabronem*; id est, eum qui dentes aut gengivas illuvie scabras habet.

(6) Id est, qui tardius loquuntur, et tardius audiunt. Nam qui omnino mutus est, vitiosus esse dicitur in l. 9. h. t. infra N. 21. Cujacius ad l. 113. ff. *de Verb. signif.* aliter has leges conciliare tentat.

(7) Qui litteras vel syllabas exterit. Dion. Goth.

(8) Qui litteras vix pronunciat. Goth.

(9) Qui syllabam syllabæ propere conjungere non potest. Goth.

dius loquitur, et varus et vatius (1), sanus sit? Et opinor eos sanos esse. *l.* 10. § 5. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Spadonem, morbosum non esse neque vitiosum, verius mihi videtur, sed sanum esse : sicuti illum qui unum testiculum habet, qui etiam generare potest. *l.* 6. § 2. ULPIAN. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Sin autem quis ita spado est ut tam necessaria pars corporis ei penitus absit, morbosus est. *l.* 7. PAUL. LIB. 11. AD SABIN.

Cui dens abest, non est morbosus (2). Magna enim pars hominum aliquo dente caret; neque ideo morbosi sunt, præsertim cum sine dentibus nascimur : nec ideo minus sani sumus, donec dentes habeamus. Alioquin nullus senex sanus esset. *l.* 11. PAUL. LIB. 11. AD SABIN.

Uno verbo : Et quantum interest inter hæc vitia quæ Græci ΚΑΚΟΗΘΕΙΑΝ [id est, *vitiositatem*] dicunt, interque ΠΑΘΟΣ [id est, *perturbationem*] aut ΝΟΣΟΝ [id est, *morbum*] aut ΑΡΡΩΣΤΕΙΑΝ [id est, *ægrotationem*]; tantum inter talia vitia et eum morbum ex quo quis minus aptus usui sit, differt. *l.* 5. PAUL. LIB. 4. AD SABIN.

XIX. *Abunde vidimus, nonnisi gravia vitia his actionibus dare locum.*

Observandum superest, quædam etiam gravia vitia his actionibus locum non dare; scilicet ea quæ sunt in propatulo.

Hinc Si nominatim morbus exceptus non sit; talis tamen morbus sit qui omnibus potuit apparere, ut puta cæcus homo vænibat; aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat, vel in capite, vel in alia parte corporis : ejus nomine non teneri, Cæcilius (3) ait; perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Ædilium probandum est, quæ quis ignoravit vel ignorare potuit. *l.* 14. § 10. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

§ 4. *Quæ demum vitia corporis dent locum Redhibitioni.*

XX. *Ex his quæ diximus de vitiis quæ Redhibitioni locum non dant, facile colligere est quæ dent Redhibitioni locum : cætera scilicet vitia quæcunque illa sint; quæ corporis vitia sunt, nec leve mancipii ministerio impedimentum afferunt, nec ita in propatulo sunt ut ignorari non potuerint.*

Hinc solvitur quæstio an solus sonticus morbus Redhibitioni locum det? Cui quæstioni priusquam respondeatur, sciendum est quod; Quoties morbus sonticus nominatur, eum significari Cassius ait, qui noceat; nocere autem intelligi qui perpetuus est, non qui tempore finiatur. Sed morbum sonticum eum videri qui inciderit in hominem, postquam is natus sit. SONTES enim (4) nocentes dici. *l. fin.* § 1. VENULEIUS LIB. 5. ACTIONUM.

Jam ad propositam quæstionem respondemus, non solum morbum sonticum Redhibitioni locum facere; sed omnem in quo tria supra a nobis prædicta concurrunt.

Hinc in Edicto Illud erit annotandum quod, de MORBO generaliter scriptum est; non de SONTICO MORBO. Nec mirum hoc videri Pomponius ait: nihil enim ibi agitur de ea re cui hic ipse morbus obesset. *l.* 4. § 5. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Igitur idem Pomponius recte ait, Non tantum ad perpetuos morbos, verum ad temporarios quoque hoc Edictum pertinere. *l.* 6. IBID.

XXI. Exempli itaque gratis referamus qui morbosi vitiosique sunt. *l.* 1. § 8. ¶ *fin.* ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Et 1.° Mutum morbosum esse, Sabinus ait : morbum enim esse sine voce esse, apparet. Sed qui graviter loquitur, morbosus non est; nec qui ΑΣΑΦΩΣ [id est, *obscure*]. Plane qui ΑΣΗΜΩΣ [id est, *sine ulla significatione vocis*] loquitur, hic utique morbosus est. *l.* 9. ULPIAN. LIB. 44. AD SABIN.

2.° Quod Pedius ait, Si uva (5) alicujus præcisa sit, tollere magis quam præstare Redhibitionem, quod morbus minuitur : ego puto, si morbus desiit, non esse Redhibitioni locum; si autem vitium perseverat, Redhibitionem locum habere. *l.* 14. § 5. ULPIAN. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

3.° Ofilius ait, Si homini digitus sit abscissus membrive quid laceratum, quamvis consanaverit; si tamen ob eam rem eo minus uti possit, non videri sanum esse. *l.* 10. IBID.

Catonem quoque scribere lego, Cui digitus de manu aut de pede præcisus sit, eum morbosum esse. Quod verum est, secundum supra scriptam distinctionem. *d. l.* 10. § 1.

4.° Si quis digitis conjunctis nascatur, non videtur sanus esse; sed ita demum, si incommodetur ad usum manus. *l.* 14. § 6. ULPIAN. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

5.° Item claudus morbosus est. *l.* 13. GAIUS LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Similiter et Qui clavum (6) habet, morbosus est;

(1) *Varus* dicitur, qui cruribus est introrsum obtortis; *vatius* qui extrorsum. Goth.

(2) Mirum est Servium contra sensisse, ut ex Gellio discimus lib. 4. cap. 2.

(3) Videtur legendum *Cœlius* : nam Cœlius-Sabinus plura ad Edictum Ædilium scripsit, ut testis est Gellius.

(4) Refer ad id quod dixit; morbum *Sonticum* nominari, *qui noceat.* Hæc tamen ultima verba videntur Dion. Gothofredo esse expungenda.

(5) *La luette.*

(6) D. Gothofredus hoc accipit de tuberculo in pede, quod ad gradiendum sit impedimento.

6.° Sed et polyposus. *l.* 12. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

XXII. 7.° De myope (1) quæsitum est, an sanus esset? Et puto eum redhiberi posse. *sup. d. l.* 10. § 3.

Sed et ΝΥΚΤΑΛΩΠΑ [id est, *luscitiosum*] morbosum esse constat; id est, ubi homo neque matutino tempore videt, neque vespertino (2) : quod genus morbi, Græci vocant ΝΥΚΤΑΛΩΠΑ Luscitionem eam esse quidam putant, ubi homo lumine adhibito nihil videt. *d. l.* 10. § 4.

8.° Si quis ΑΝΘΙΑΔΑΣ [id est, *tonsillas* (3)] habeat; an redhiberi quasi vitiosus possit, quæritur? Et si ΑΝΘΙΑΔΕΣ [id est, *tonsillæ*] hæ sunt quas existimo, id est inveteratas; et qui jam discuti non possint, faucium tumores : qui ΑΝΘΙΑΔΑΣ [id est, *tonsillas*] habet, vitiosus est. *l.* 14. § 8. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

9.° Item de eo qui urinam facit, quæritur? Et Pedius ait, non ob eam rem sanum non esse, quod in lecto somno vinoque pressus, aut etiam pigritia surgendi, urinam faciat. Sin autem vitio vesicæ collectum humorem continere non potest; non quia urinam in lecto facit, sed quia vitiosam vesicam habet, redhiberi posse : et verius est. *d. l.* 14. § 4.

10.° Varicosus (4) sanus non est. *l.* 50. Julian. lib. 4. ex Minicio.

XXIII. *Mulier* Quæ bis in mense purgatur, sana non est : item quæ non purgatur; nisi per ætatem accidit. *l.* 15. Paul. lib. 11. ad Sabin.

De sterili Cœlius distinguere Trebatium dicit; ut, si natura sterilis sit, sana sit, si vitio corporis, contra. *d. l.* 14. § 3.

Hinc Mulierem ita arctam ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat. *l.* 14. § 7.

Quæritur de ea muliere quæ semper mortuos parit, an morbosa sit? Et ait Sabinus, Si vulvæ vitio hoc contingit, morbosam esse. *d. l.* 14.

ARTICULUS II.

Expenditur circa primam Redhibitionis causam, quæ mancipiorum vitia ex speciali aliquo Edicti capite Redhibitoria sint.

Sunt quædam vitia singularia quæ cum animi non corporis vitia sint, in generali quod modo exposuimus Edicti capite non continentur; sed de his alio speciali capite cautum est, ut ipsa quoque Redhibitioni locum darent.

Inter hæc vitia, potissimum recensetur si servus venditus sit fugitivus aut erro.

§ 1. *De servo fugitivo aut errone : et quæ concurrere oporteat ut fugitivus habeatur.*

XXIV. Quis sit fugitivus, definit Ofilius : Fugitivus, est qui extra domini domum, fugæ causa, quo se a domino celaret, mansit. *l.* 17. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Cassius quoque scribit, Fugitivum esse, qui certo proposito dominum relinquit. *d. l.* 17. § 2.

Cœlius autem fugitivum esse ait, eum qui ea mente discedat ne ad dominum redeat : tametsi mutato consilio, ad eum revertatur. Nemo enim tali peccato (inquit) pœnitentia sua nocens esse desinit. *d. l.* 17. § 1.

Cur autem fugitivum mancipium Ædiles redhibendum duxerint, ratio a Cœlio subjungitur. Nam Idem recte ait, Libertatis cujusdam speciem esse, fugisse; hoc est, potestate dominica in præsenti liberatum esse (5). *d. l.* 17. § 10.

Ex definitione fugitivi liquet, ut quis fugitivus intelligatur, hæc concurrere oportere : 1.° *Ut aliquo actu fugam inchoaverit;* 2.° *Ut id hoc proposito fecerit, ut se a domino in perpetuum subtraheret.*

Prima conditio :

Oportere ut aliquo actu servus fugam inchoaverit.

XXV. Fugitivus est, non is qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum jactaverit; sed qui ipso facto, fugæ initium mente deduxerit. Nam et furem, adulterum, aleatorem, quanquam (aliqua significatione) ex animi propositione cujusque sola quis dicere posset; ut etiam is qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matremfamilias corruperit si modo ejus mentis sit ut occasione data id commissurus sit, tamen oportere eadem hæc crimina assumpto actu intelligi. Et ideo fugitivum quoque et erronem, non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intelligi constat. *l.* 225. *ff. de Verb. signif.* Tryphonin. lib. 1. disput.

Cæterum necesse non est ut quis fugam consummaverit. Igitur non solum verum est quod Item Cœlius scribit, Placere eum quoque fugitivum esse qui eo se conferat unde eum dominus recuperare non possit; multoque magis illum fugitivum esse,

(1) Qui semiclausis oculis aspicit, et remota non videt.

(2) Scilicet nisi admoto propius ad oculos objecto. *Luscitiosum, et myopem*, eumdem esse ait Gell. lib. 4. cap. 2. et de eo dissensum fuisse; aliis eum redhibendum omnimodo contendentibus; aliis ita demum si morbo hoc vitium contractum esset.

(3) Faucium inflammationes cum tumore; ut mox statim dicitur.

(4) *Varicosus* est qui venas plus æquo turgentes habet; quod vitium contingit eis qui onera graviora bajularunt.

(5) Unde in fugitivo emptor quamdam evictionis speciem patitur. Hunc servum habere eum licet, ea causa vitii quod tempore contractus existebat. Porro debet venditor præstare emptori habere licere : ergo debet præstare tale vitium abesse.

qui eo se conferat unde abduci non possit. *l.* 17. § 13. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Sed etiam verum est quod Idem ait, Nec eum qui ad fugam gradum unum alterumve promovit, vel etiam currere cœpit, si dominum sequentem non potest evadere; non (1) esse fugitivum. *d. l.* 17. § 9.

Hinc recte Apud Cœlium scriptum est : Liberti apud patronum habitantis, sic ut sub una clave tota ejus habitatio esset, servus ea mente ne rediret ad eum extra habitationem liberti fuit, sed intra ædes patroni, et tota nocte oblituit : videri esse fugitivum Cœlius ait.

Plane si talem (2) custodiam ea habitatio non habuit, et in ea cella libertus habitavit cui commune et promiscuum plurium cellarum iter est : contra placere debere, Cœlius ait; et Labeo probat. *d. l.* 17. § 15.

Sed etsi de domo aut fundo domini non exiverit, ad exeundum tamen se paraverit; fugitivus videtur.

Hinc Idem Cœlius ait, Si servus quum in fundo esset, exisset de villa ea mente ut profugeret; et quis eum priusquam ex fundo tuo exisset, comprehendisset; fugitivum videri : animum enim, fugitivum facere. *d. l.* 17. § 8.

Idem ait interrogatus Proculus de eo qui domi latuisset; in hoc scilicet, ut fugæ nactus occasionem se substraheret : ait, tametsi fugere non posset videri qui domi mansisset, tamen eum fugitivum fuisse.

Sin autem in hoc tantum latuisset, quoad iracundia domini effervesceret; fugitivum non esse *d. l.* 17. § 4.

Secunda conditio :

Requiri ut servus animum habuerit se in perpetuum subtrahendi domino.

XXVI. *Quocirca* Item apud Vivianum relatum est, Fugitivum fere ab affectu animi intelligendum esse, non utique a fuga.

Nam eum qui hostem aut latronem, incendium, ruinamve fugeret; quamvis fugisse verum est, non tamen fugitivum esse.

Item ne eum quidem qui a præceptore cui in disciplinam traditus erat, aufugit; esse fugitivum : si forte ideo fugit, quia immoderate eo utebatur. Idemque probat et si ab eo fugerit cui erat commodatus, si propter eamdem causam fugerit. Idem probat Vivianus, et si sævius cum eo agebat. Hæc ita, si eos fugisset et ad dominum venisset. Cæterum si ad dominum non venisset; sine ulla dubitatione fugitivum videri ait. *l.* 17. § 3. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Idem Vivianus ait, Si a magistro puer recessit, et rursus ad matrem pervenit, (quum quæreretur num fugitivus esset?) si celandi causa quo ne ad dominum reverteretur fugisset, fugitivum esse : sin vero ut per matrem, faciliorem deprecationem haberet delicti alicujus; non esse fugitivum. *d. l.* 17. § 5.

Sicuti ne eum quidem qui, cum dominum animadverteret verberibus se afficere velle; præripuisset se ad amicum quem ad precandum perduceret. *d. l.* 17. *sup. d.* § 4. ¶ *sicuti ne.*

Pariter Paulus : Qui ad amicum domini deprecaturus confugit, non est fugitivus.

Imo etiamsi ea mente sit ut non impetrato auxilio domum non revertatur, nondum fugitivus est, quia non solum consilii, sed et facti fugæ nomen est. *l.* 43. § 1. PAUL. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

XXVII. *Cum fugitivus non sit nisi qui animum habuit se in perpetuum subtrahendi domino; hinc et Cœlius* ait, Si servus tuus fugiens, vicarium suum secum abduxit; si vicarius invitus aut imprudens secutus est, neque occasionem ad te redeundi nactus prætermisit; non videri fugitivum fuisse. Sed si aut olim quum fugeret, intellexit quid ageretur; aut postea cognovit quid acti esset; et redire ad te, quum posset, noluit; contra esse. Idem putat dicendum de eo quem plagiarius abduxit. *sup. d. l.* 17. § 7.

Quod de eo qui coactus discessit dicimus, noli trahere ad eum qui seductus discessit. Nam et Qui persuaso alterius a domino discessit, fugitivus est; licet id non fuerit facturus citra consilium ejus qui persuasit. *l.* 43. § 2. PAUL. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Item cum requiratur fugæ consilium, hinc Idem Cœlius ait, Servum in provinciam missum a domino, cum eum mortuum esse et testamento se liberum relictum audisset, et in eodem officio permansisset, tantumque pro libero se gerere cœpisset; hunc non esse fugitivum. Nec enim, mentiendo se liberum (inquit) fugitivus esse cœpit; quia sine fugæ consilio id fecit. *sup. d. l.* 17. § 16.

XXVIII. *Qui magis animum mortis sibi consciscendæ quam fugiendi habet, non est fugitivus.*

Unde Ulpianus ait, Nec eum quidem fugitivum esse qui in hoc progressus est ut se præcipitaret (3). Cæterum etiam eum quis fugitivum diceret, qui domi in altum locum ad præcipitandum se ascendisset; magisque hunc mortem sibi consciscere voluisse. Illud enim quod plerumque ab imprudentibus (inquit) dici solet, eum esse fugitivum qui nocte aliqua sine voluntate domini emansisset, non esse verum : sed ab effectu animi cujusque æstimandum. *d. l.* 17. § 4. ¶ *nec eum quidem.*

Cœlius quoque scribit, Si servum emeris qui

(1) Nota hic duas negationes esse quæ æquipollent affirmationi.

(2) Id est, si habitatio liberti non fuit ita discreta ab habitatione patroni.

(3) Non redhibebitur igitur tanquam fugitivus; verum redhibebitur ex alia causa, de qua mox infra N. 33.

se in Tiberim dejecit, si moriendi duntaxat consilio suscepto, a domino discessisset; non esse fugitivum: sed si fugæ prius consilium habuit, deinde mutata voluntate in Tiberim se dejecit; manere fugitivum. Eadem probat et de eo qui de ponte se præcipitavit. Hæc omnia vera sunt, quæ Cœlius scribit. *d. l.* 17. § 6.

XXIX. *Denique non videtur habere animum fugiendi, qui Leges implorat.*

Hinc Apud Leonem et Cœlium quæritur; Si quis in azilum confugerit, aut eo se conferat quo solent venire qui se venales postulant; an fugitivus sit? Ego puto non esse eum fugitivum quid facit quod publice facere licere arbitratur. Ne eum quidem qui ad statuam Cæsaris confugit, fugitivum arbitror: non enim fugiendi animo hoc facit. Idem puto et in eum qui in azilum vel quod aliud confugit, quia non fugiendi animo hoc facit. Si tamen ante fugit, et postea se contulit; non ideo magis fugitivus esse desinit. *l.* 17. § 12. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

XXX. *Vidimus fugitivum non esse, nisi qui fugit animo se subtrahendi domino. Dominum hic large accipimus. Nam* Si servus meus bona fide tibi serviens fugerit, vel sciens se meum esse vel ignorans; fugitivus est, nisi animo ad me revertendi id fecit. *l.* 43. § 3. Paul. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Consonat quod ait Ulpianus: Pignori datus servus debitorem quidem dominum habet. Sed si posteaquam jus suum exercuit creditor, ei se subtraxit; potest fugitivus videri. *sup. d. l.* 17. § 11.

XXXI. *Hactenus de fuga.*

Vitium etiam Redhibitorium esse statuunt Ædiles; si servus qui væniit sit erro. Erronem ita definit Labeo, pusillum fugitivum esse; et ex diverso, fugitivum, magnum erronem esse. Sed proprie Erronem sic definimus, qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, et temporibus in res nugatorias consumptis serius domum redit. *d. l.* 17. § 14.

§ 2. *De vitio Noxæ et aliis quæ præstant servi Redhibitionem.*

XXXII. *De vitio Noxæ specialiter statuunt Ædiles, ut det Redhibitioni locum; si non prædixerit venditor quod servus noxa solutus non sit.*

Noxas accipere debemus privatas; hoc est, eas quæcumque committuntur ex delictis, non publicis criminibus: ex quibus agitur judiciis noxalibus. Denique specialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus (1). Ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium; si quis forte noxæ dedere noluerit, sed litis æstimationem sufferre. *d. l.* 17. § 18. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Et quemadmodum vitium Noxæ, mancipium ea causa afficit ut possessor illud libere non possit retinere; ita si quod sit aliud vitium quod mancipium ea causa afficiat ut de eo libere disponere possessor non possit, similiter dat locum Redhibitioni.

Unde Si quis talis sit servus, qui omnino manumitti non possit ex Constitutionibus (2); vel si sub pœna vinculorum distractus sit a domino, vel ab aliqua potestate damnatus (3), vel si exportandus: æquissimum (4) erit etiam hoc prædici. *d. l.* 17. § 19.

XXXIII. *Audacia est etiam animi vitium ex natura sua Redhibitorium: quum eo prorupit ut servus capitalem fraudem admiserit; mortis sibi conciscendæ causa quid fecerit; inve arenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit: ut videre est in textu Edicti quem initio retulimus.*

Igitur ex iis animi vitiis quæ Redhibitoria non sunt, non solum excipitur si fugitivus servus aut erro sit: sed 1.° Excipitur etiam ille qui capitalem fraudem admisit. Capitalem fraudem admittere, est tale aliquid delinquere propter quod capite puniendus sit. Veteres enim fraudem pro pœna ponere solebant. Capitalem fraudem admisisse accipiemus, dolo malo et per nequitiam. Cæterum si quis errore, si quis casu fecerit; cessabit Edictum. Unde Pomponius ait, Neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse. *l.* 23. § 2. Ulp. lib. 1. ad Edict. Ædil. Curul.

2.° Excipitur et ille qui mortis sibi conciscendæ causa quid fecerit. Malus enim servus creditus est, qui aliquid facit quo magis se rebus humanis extrahat: ut puta, laqueum torsit sive medicamentum pro veneno bibit; præcipitemve se ex alto miserit; aliudve quid fecerit, quo facto speravit mortem perventuram: tanquam non nihil in alium ausurus, qui hoc adversus se ausus est. *d. l.* 23. § 3.

Is demum autem hoc Edicto Mortis conciscendæ causa sibi facit; qui propter nequitiam, malosque mores, flagitiumve aliquod admissum, mortem sibi consciscere voluit: non si dolorem corporis non sustinendo, id fecerit. *l.* 43. § 4. Paul. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

De supra dictis animi vitiis speciali Capite caverunt Ædiles ut darent Redhibitioni locum, eo quod illa sint vitia per quæ mancipium venditum habere non licet.

(1) Vid. N. seq.

(2) Vid. exempla. Tit. *Qui et a quib. manum.* infra lib. 40.

(3) Si propter aliquod delictum Magistratus ei interdixerit ne ad libertatem pervenire posset: de qua re vid. d. tit. *Qui et a quibus, etc.*

(4) Debet igitur hac æquitatis ratione, Edictum ad hæc vitia porrigi ex ejus sententia. Videntur enim voluisse Ædiles ut hæc vitia dent Redhibitioni locum per quæ non licet habere mancipium; ut ex illis quæ recensent, liquet. Porro perfecte habere non licet, id de quo libere disponere non licet.

Cum autem idem sit non habere, et omnino inutiliter habere; si quod sit aliud vitium animi, quod omnem prorsus usum mancipii adimat; videbitur ex sententia Edicti vitium Redhibitorium. Hinc Idem Pomponius ait, Quamvis non valide sapientem servum venditor præstare debeat: tamen si ita fatuum vel morionem vendiderit ut in eo usus nullus sit, videri vitium. *l.* 4. § 3. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

ARTICULUS III.

Quæ concurrere oporteat, ut alicujus vitii nomine quod natura sua Redhibitorium est, possit Redhibitoria *agi.*

Ut alicujus vitii nomine quod natura sua Redhibitorium est, possit agi Redhibitoria; *oportet* 1.° *Ut tempore contractus extiterit;* 2.° *Ut non fuerit nominatim exceptum;* 3.° *Denique, ut fuerit ab emptore ignoratum.*

§ 1. *Oportere ut vitium tempore contractus extiterit.*

XXXIV. *Illud enim vitium quod demum post contractum supervenit: non dat locum Redhibitioni.*

V. G. Actioni Redhibitoriæ non est locus, si mancipium bonis conditionibus (1) emptum fugerit; quod ante non fugerat. *l.* 54. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur; fuga post venditionem interveniens, ad damnum emptoris pertinet. *l.* 3. *Cod. de Ædilit. action.*

Nota: Sin autem venditor non vitiosum etiam in posterum fieri servum temere promiserit; quamvis hoc impossibile esse videatur (2); tamen secundum fidem antecedentis vel incontinentis (3) secuti pacti experiri posse non ambigitur. *d. l.* 3.

XXXV. *Cum Redhibitioni locum non det, nisi vitium quod tempore contractus existebat; hinc* 1.° Quod ita sanatum est ut in pristinum statum restitueretur, perinde habendum est quasi nunquam morbosum esset. *l.* 16. POMPON. LIB. 33. AD SABIN.

Nota: at Qui tertiana, aut quartana febri aut podagra vexarentur, quive comitialem morbum haberent; ne quidem his diebus quibus morbus vacaret, recte sani dicentur. *l.* 53. JAVOL. LIB. 1. EX POSTERIORIB. LABEONIS.

2.° *Hinc etiam* Quod aiunt Ædiles NOXA VE SOLUTUS NON sit, sic intelligendum est, ut non hoc debeat pronunciari nullam eum noxam commisisse; sed illud, noxa solutum esse, hoc est noxali judicio subjectum non esse. Ergo si noxam commisit, nec permanet; noxa solutus videtur. *l.* 17. § 17. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

§ 2. *Vitium ita demum Redhibitioni locum dare, si nominatim exceptum non sit.*

XXXVI. *Igitur* Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cætero sanum esse dixerit, aut promiserit; standum est eo quod convenit (4). Remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus: nisi sciens venditor morbum consulto reticuit (5); tunc enim dandam esse De dolo malo replicationem. *l.* 14. § 9. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

§ 3. *Redhibitioni locum non esse, si vitium emptorem non latuit.*

XXXVII. Si intelligator (6) vitium morbusve mancipii, ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia; potest dici Edictum cessare. Hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur. *l.* 1. § 6. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Igitur Ei qui servum vinctum vendiderit, Ædilitium remitti æquum est. Multo enim amplius est id facere, quam pronunciare in vinculis fuisse. *l.* 48. § 3. POMPON. LIB. 23. AD SABIN.

Et generaliter In Ædilitiis actionibus exceptionem opponi æquum est, si emptor sciret de fuga aut vinculis aut cæteris rebus similibus, ut venditor absolvatur. *l.* 48. § 4. POMPON. LIB. 23. AD SABIN.

(1) Quod si emisset ea lege ut illud in vinculis teneret; debuit monere eum cui revendidit.

(2) Objectio est, ad quam ita responderi potest: Etsi impossibile sit venditori facere ut servus nunquam fiat vitiosus, tamen valere pactum; quia ea quidem quæ per rerum naturam impossibilia sunt, non possunt in obligationem deduci; at non idem de iis quæ duntaxat promissori sunt impossibilia.

(3) Nam pactum ex intervallo adjectum, quod circa accidentalia contractus versatur, non parit actionem: ut vid. supra Tit. de *Pactis*. N. 34.

(4) Hinc Horatius lib. 2. Ep. 2.

Prudens emisti vitiosum: dicta tibi est lex.
Insequeris tamen hunc, et lite moraris iniqua.

Sed et illa conventio valet, qua paciscitur ne ullorum servi vitiorum nomine teneretur. Hujus conditionis in venditionibus mancipiorum insigne erat, quum pileati venibant; ut refert Gellius lib. 7. cap. 4.

(5) Id est, si, quum certus esset servum hoc vitio laborare, non tamen dixit precise servum hoc vitio laborare; sed pactus est hujus vitii nomine, si forte eo servus laboraret, non fore actionem.

(6) Quomodocumque hoc emptor sciverit; quamvis venditor non prædixerit. Hoc tamen non fuerat absque dubio apud Veteres; in casu quo venditor vitium quod sciebat, emptori quamvis et ipsi scienti tacuit: ut discimus ex historia litis inter Marium, Gratidianum et Sergium ortæ, quam refert Cicero lib. *de Offic.* cap. 16.

XXXVIII. *Quum autem servus aut filiusfamilias aut procurator emit, cujus scientiam spectabimus? An ipsius? an domini, vel patris, vel mandatoris?*

Hanc quæstionem ita proponit ac solvit Africanus. Quum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat, et Redhibitoria vel Ex empto dominus experiatur; omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse ait; ut nihil intersit, peculiari, an domini nomine emerit, et certum incertumve mandante eo emerit: quia tunc et illud ex bona fide est, servum eum cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum (1) ejusdem quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet. Sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret; non tenetur venditor. *l.* 51. African. lib. 8. quæst.

Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit morbosum, vitiosum esse; non dubitandum quin, quamvis ipse domino Mandati vel Negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilomagis eo nomine agere possit. *d. l.* 51. § 1.

Nec enim ipse procurator qui scivit, deceptus videri potest. Nec ex persona domini qui cum hoc ignoraverit deceptus est, agere potest; cum ipse deceptus non sit. Nam Alterius circumventio (2), alii non præbet actionem. *l.* 49. *de Reg. Jur.* Ulp. lib. 35. ad Ed.

At quum ipse ignorans esse vitiosum, mandatu domini qui id sciret, emerit, et Redhibitoria agat; ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat (3) opponendam. *sup d. l.* 51. *d.* § 1.

ARTICULUS IV.

Exponuntur aliæ causæ Redhibitionis mancipiorum.

§ 1. *De secunda Redhibitionis causa; si* adversus quod dictum promissumve fuerit, *mancipium vænierit.*

XXXIX. *Est quoque hæc Redhibitionis causa cujus mentionem faciunt Ædiles; scilicet, si adversus quod dictum aut promissum est mancipium vœniit.*

Hinc Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emptor queratur; aut Redhibitorio, aut Æstimatorio (id est, Quantominoris) judicio, agere potest. Verbi gratia, si constantem, aut laboriosum, aut curracem (4), vigilacem esse, aut ex frugalitate sua peculium acquirentem affirmaverit; et is ex diverso levis, protervus, desidiosus, somniculosus, piger, tardus, comesor (5) inveniatur. *l.* 18. Gaius 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Similiter Ulpianus: Redhibitioni locus est, Si quis affirmaverit aliquid adesse servo, nec adsit; vel abesse, et adsit: ut puta, si dixerit furem non esse, et fur sit; si dixerit artificem esse, et non sit. Hi enim, quia quod asseveraverunt, non præstant; adversus dictum, promissumve facere videntur. *l.* 17. § *fin.* Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Igitur V. G. Si venditor pronunciaverit vel promiserit furem non esse; tenetur ex sua promissione, si furtum servus fecit. Esse enim hoc casu furem, non tantum eum qui extraneo sed et eum qui domino (6) suo res subtraxit, intelligendum est. *l.* 31. § 1. Ibid.

XL. *Circa autem hæc verba Edicti* Dictum promissumve, *notandum est; quod* Dictum a promisso sic discernitur: Dictum accipimus, quod verbo tenus pronunciatum est; nudoque sermone finitur. Promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem, vel ad sponsum (7). Secundum quod incipiet is qui de hujusmodi causa stipulanti spopondit; et Ex stipulatu posse conveniri, et Redhibitoriis actionibus. Non novum: nam et qui Ex empto potest conveniri, idem etiam Redhibitoriis actionibus conveniri potest. *l.* 19. § 2. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt; quæcumque sic dicuntur ut præstentur, non ut jactentur. *d. l.* 19. § 3.

XLI. Sciendum tamen est; quædam, etsi dixerit, præstare eum non debere; scilicet ea quæ ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit, frugi, probum, dicto audientem. Ut enim Pedius scribit: Multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero præstaturum se promiserit quod dixit. *d. l.* 19.

Plane si dixerit aleatorem non esse, ad Statuam nunquam confugisse; oportet eum id præstare. *d. l.* 19. § 1.

Consonat quod alibi ait idem Ulpianus: Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum quasi neque dictum neque promissum est. Si vero decipiendi emptoris causa dictum est; æque sic habendum est, ut non nascatur Adversus dictum

(1) Id est, peccatum: stultitia servi qui sciens vitiosum emit, domino debet nocere. Ita Cujac. ad h. l. Et ita quidem obtinet circa Redhibitionem; alias non nocet domino scientia servi; puta circa pœnam rei litigiosæ emptæ Vid. infra lib. 44 Tit. *de Litigios.*

(2) Ita hanc legem intelligit Cujacius, *circumventionem* accipiendo passive.

(3) Evidens est ratio disparitatis. In superiore specie in qua servus emit, ipse dominus agit: non potest autem queri de vitio quod scivit. In hac specie agit procurator qui vitium ignoravit. Cæterum hoc casu censet D. Schultingius ita demum procuratorem posse *Redhibitoria* agere, si ipsius intersit, puta, quia suum a mandante recuperare non possit. *Thes. Controv.* 84. 5.

(4) A currendo Græci vocant *Trochalos.* Mala ergo legitur alibi *curacem.*

(5) Vulg. *Comessator.*

(6) Quamvis furti nomine servus erga dominum non obligetur, tamen fur est.

(7) Id est, stipulationem.

PROMISSUMVE actio (1), sed De dolo actio (2). *l.* 37. *ff. de Dolo malo.* ULP. LIB. 44. AD SABIN.

XLII. *Sed et quæ statuimus circa ea quæ, ut præstentur, dicuntur;* Hæc omnia videntur eo pertinere, ne id qood affirmaverit venditor, amare ab eo exigatur; sed cum quodam temperamento. Ut si forte constantem esse affirmaverit, non exacta gravitas et constantia quasi a philosopho desideretur : et, si laboriosum et vigilacem affirmaverit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur : sed hæc omnia ex bono et æquo modice desiderentur. Idem et in cæteris quæ veoditor affirmaverit esse, intelligemus. *l.* 18. § *hæc omnia.* GAIUS LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Æque si quis simpliciter dixerit, peculiatum esse servum; sufficit, si is vel minimum habeat peculium. *d. l.* 18. § 2.

Pariter Illud sciendum est : si quis artificem promiserit vel dixerit; non utique perfectum eum præstare debet, sed ad aliquem modum peritum; ut neque coosummatæ scientiæ accipias, neque rorsom indoctum esse io artificium. Sufficiet igitur talem esse quales vulgo artifices dicuntur. *l.* 19. § 4. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Hoc ita; nisi, non simpliciter artificem, sed optimum dixit. Hinc V. G. Venditor qui optimum cocum esse dixerit, optimum in eo artificio præstare debet. Qui vero simpliciter cocum esse dixerit; satisfacere videtur, etiamsi mediocrem cocum præstet. Idem et in cæteris generibus artificiorum. *sup. d. l.* 18. § 1.

§ 2. *De tertia Redhibitionis causa; si veterator pro novitio vænierit.*

XLIII. Præcipiunt Ædiles : NE VETERATOR PRO NOVITIO VÆNEAT (3). Et hoc Edictum fallaciis occurrit veoditorum. Ubique enim curant Ædiles, ne emptores a venditoribus circumveniantur. Ut ecce: plerique solent mancipia quæ novitia non sunt, quasi novitia distrahere; ad hoc scilicet, ut pluris vendant. Præsumptum est enim ea mancipia quæ rudia sunt, simpliciora esse et ad ministeria aptiora, et doeiliora, et ad omne ministerium habilia: trita vero mancipia et veterana difficile est reformare, et ad suos mores formare. Quia igitur veoaliciarii sciunt facile decurri ad novitiorum emptionem; idcirco interpolant veteratores, et pro novitiis veodnot. Qood ne fiat, hoc Edicto Ædiles denuntiant. Et ideo, si quid ignorante emptore ita vænierit, redhibebitur. *l.* 37. ULP. LIB. 1. AD. ED. ÆDIL. CURUL.

Quis autem servus veterator, quis novitius dici possit, docet Venuleius. Ita ille : Servus tam veterator quam novitius dici potest. Sed veteratorem non (4) spatio serviendi, sed geoere et causa æstimandum, Cœlius ait. Nam quicumque ex venalicio novitiorum emptus, alicui ministerio præpositus sit; statim eum veteratorum numero esse. Novitiom aotem non tyrocinio animi (5) sed conditione servitutis intelligi (6); nec ad rem pertinere Latine sciat necne. Nam nec ob id veteratorem esse, si liberalibus studiis eruditus sit. *l.* 65. § *fin.* VENULEIUS LIB. 5. ACTIONUM.

§ 3. *De quarta Redhibitionis causa; si nationem mancipii non pronunciaverit venditor.*

XLIV. Qui mancipia vendunt, nationem cujusque in venditione pronunciare debent. Plerumque enim natio servi aut provocat aut deterret emptorem : idcirco interest nostra scire nationem. Præsumptum eteoim est, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non iofamata; quosdam malos videri, quia ea natione sont quæ magis infamis est. Quod si de natione ita pronunciatum non erit : judicium emptori, omnibusque ad quos ea res pertinebit, dabitor; per quod emptor redhibet mancipium. *l.* 31. § 21. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

SECTIONIS II

CAPUT SECUNDUM.

Ex quibus causis Redhibeantur animalia vendita, et res cæteræ.

ARTICULUS I.

De causis Redhibitionis animalium.

XLV. Ædiles aiunt : « QUI JUMENTA vendunt, palam recte dicuoto quid in quoque eorum morbi vitiique sit : Utique optime oroata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit; de ornameotis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibeudis, in diebus sexagiota; morbi autem vitiive causa inemptis faciendis, in sex mensibus; vel Quominoris quom vaoirent fuerint, in anno judicium dabimus. Si jumenta paria simol vænierint, et alterum in ea causa fuerit ut redhiberi debeat; judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur ». *l.* 38. ULPIAN. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

(1) Id est, actio ex hac parte Edicti Ædilium.

(2) Id est, actio *Empti* dabitur ratione doli quem venditor admisit. Hoc autem ooli accipere de actione ex Edicto DE DOLO MALO, quam certum est hic non competere; cum actio *Empti*, in qua [sicut in cæteris bonæ fidei actionibus] dolus præstatur, competat.

(3) Hoc in verbis Edicti supra relatis non vidimus : unde coustat mancum esse.

(4) Id est, non tantum. Cujac. Observ. VIII. 9.

(5) Id est, ooo taotum ex eo quod sit ejus aoimi ut tyro potius quam magister esse deberet; sed si revera nondum ulli arti aut ministerio admotus est.

(6) Alio sensu accipiuntur veterana et novitia mancipia in l. fin. § 3. ff. *de Publican.*

Loquontur Ædiles in hoc Edicto, de jumentis redhibendis. *d. l.* 38. § 1.

Jumentorum autem appellatione an omne pecus contineatur, videamus? Et difficile est ut contineatur. Nam aliud significant jumenta, aliud significatur pecoris appellatione. *d. l.* 38. § 4.

Idcirco elogium huic Edicto subjectum est, cujus verba hæc sunt : « Quæ de jumentorum sani» tate diximus, de cætero quoque pecore omni » venditores faciunto ». *d. l.* 38. § 5.

Unde dubitari desiit, an hoc Edicto boves quoque contineantur. Etenim jumentorum appellatione non contineri eos, verius est; sed Pecoris appellatione continebuntur. *d. l.* 38. § 6.

Causa autem hujus Edicti eadem est, quæ mancipiorum redhibendorum. *d. l.* 38. § 2.

Et fere eadem sunt in his, quæ in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet. Quidquid igitur hic diximus, huc erit transferendum : et, si mortuum fuerit jumentum, pari modo redhiberi poterit quemadmodum mancipium (1) potest. *d. l.* 38. § 3.

XLVI. *Multa quæ in hominibus vitia censentur, in animalibus quoque censentur.*

Hinc Si cui lingua abscissa sit, an sanus esse videatur, quæritur? Et extat hæc quæstio apud Ofilium, relata apud eum in equo : ait enim, hunc videri non esse sanum. *l.* 8. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Sed enim sunt quædam quæ in hominibus quidem morbum faciunt, in jumentis non adeo. Ut puta si molus castratus est, neque morbi neque vitii quid habere videtur; quia neque de fortitudine quid ejus detrahitur, neque de utilitate; cum ad generandum nunquam sit habilis. Cœlius quoque scribit, Non omnia animalia castrata, ob id ipsum vitiosa esse : nisi propter ipsam castrationem facta sunt imbecilliora : et ideo mulum non esse vitiosum. Idem refert Ofilium existimasse, equum castratum sanum esse; sicuti spado quoque sanus est. Sed si emptor ignoravit, venditor scit, Ex empto esse actionem. Et verum est, quod Ofilius. *d. l.* 38. § 7.

Item Labeo ait, Errare et fugere jumentum posse : nec tamen Erronem aut fugitivum esse, agi posse. *l.* 64. § 2. Pompon. lib. 17. epistolarum.

Contra, quædam vitia animalibus propria sunt: quorum vitiorum quædam exempla referenda sunt.

Boves qui cornu petit, vitiosum esse plerique dicunt. Item mulas, quæ cessum (2) dant. Ea quoque jumenta quæ sine causa turbantur, et semet ipsa eripiunt, vitiosa esse dicuntur. *l.* 43. Paul. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Hoc tamen non fuit absque controversia. Unde quidam jumenta pavida et calcitrosa, morbosis non esse annumeranda dixerunt : Animi enim, non corporis, hoc vitium esse (3). *l.* 4. § 3. ¶ *fin.* Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Quæsitum est, si mula talis sit ut transjungi non possit : an sana sit? Et ait Pomponius, sanam esse; plerasque denique carrucharias tales esse, ut non possint transjungi (4). *l.* 38. § 8. Ulp. lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

Idem ait, Si nata sit eo ingenio aut corpore ut alterum jugum non patiatur, sanam non esse. *d. l.* 38. § 9.

XLVII. Non tantum autem ob morbum vitiumve Redhibitio locum habebit in jumentis : verum etiam si contra dictum promissumve, erit locus Redhibitioni; exemplo mancipiorum. *d. l.* 38. § 10.

XLVIII. *Est alia Redhibitionis jumentorum causa, quum non tradita sunt ita ut vendendi causa ornata fuere.* Vendendi autem causa ornatum jumentum videri Cœlius ait; non si sub tempus venditionis, hoc est bidno ante venditionem, ornatum sit : sed si in ipsa venditione ornatum sit aut ideo (inquit) venale quum esset, sic (5) ornamentum inspiceretur. Semperque quum de ornamentis agitur, et in actione et in Edicto adjectum est, Vendendi causa ornata ducta esse. Poterit enim jumentum ornatum itineris causa duci, deinde vænire. *d. l.* 38. § 11.

ARTICULUS II.

Ex quibus causis cæteræ res quæ ex sententia Edicti Redhibentur, possint Redhiberi.

XLIX. *Dicendum generaliter existimo, cæteras res redhiberi posse ob ea vitia per quæ illæ res utiliter haberi non possunt.*

Hujus rei exemplum affert Ulpianus. Ita ille : Etiam in fundo vendito, Redhibitionem procedere nequaquam incertum est; veluti si pestilens fundus distractus sit : nam redhibendus erit. *l.* 49. lib. 8. disput.

Similiter Diocletianus et Maximianus. Idem observatur et si pestibilis, id est pestibiles herbas vel lethiferas habens ignorante emptore distractus sit. Nam et in hoc etiam casu per eamdem actionem eum quoque redhibendum esse constat. *l.* 4. *Cod. de Ædil. act.* ¶ *idem.*

Causa etiam Redhibitionis erit in cæteris rebus

(1) Nam [ut videb. infra N. 59.] etiamsi interierit res quæ in ea causa fuit ut Redhiberetur, *Redhibitoria* agi potest.

(2) Haloander legit, *quæ cessum eunt.* Porro *cessim ire*, est retrocedere [*Aller en arrière*].

(3) Eorum autem sententia non obtinuit. Et merito : nec enim ulla possunt dici *Animi vitia* in belluis quæ mente carent.

(4) Id est, non possint alterum jugum pati, quam quod pati solent : puta, si temonaria esse solebat, non possit præcedere.

(5) Dictio obscura. Sensus est : si *ideo* ornamentum inspiciendum datum est, *sic* quasi ipsum *venale* esset.

quæ redhibentur; si Adversus dictum promissumve *venierint.*

SECTIO III.

Ex quibus causis detur Æstimatoria.

L. *Ex quibus causis* Redhibitoria *actio competit; ex iisdem et* Æstimatoria *locum habere potest.*

Enimvero Audiendus est is qui de vitio vel morbo servi quærens, retinere eum velit. *l.* 48. § 1. Pompon. lib. 23. ad Sabin.

Et Non nocebit emptori, si sex mensium exceptione Redhibitoria exclusus, velit intra annum Æstimatoria agere. *d. l.* 48. § 2.

LI. *Sed et ex aliis causis competit* Æstimatoria, *ex quibus non competeret* Redhibitoria : *puta, ob onera rei quæ si rescisset emptor, minoris emisset.*

Hinc V. G. Quotiens de servitute agitur; victus tantum debet præstare, Quanti-minoris emisset emptor si scisset hanc servitutem impositam. *l.* 61. Ulp. lib. 80. ad Ed.

Sed et si servus (1) evincatur; Quanti-minoris ob id prædium est, lis æstimanda est. *l.* 15. § 1. *ff. de Evict.* Paul. lib. 5. ad Sabin.

SECTIO IV.

Quibus et adversus quos competant Ædilitiæ actiones; et an individua sit Redhibitionis causa.

ARTICULUS I.

De personis quibus et adversus quas hæ actiones dantur.

LII. Deinde aiunt Ædiles : Emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, judicium dabimus. Pollicentur emptori (2) actionem et successoribus ejus qui in universum jus succedunt. *l.* 19. § 5. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Nam Verba hæc Is ad quem ea res pertinet, sic intelliguntur; ut qui in universum dominium vel Jure Civili vel Jure Prætorio succedit, contineatur (3). *l.* 70. § 1. *ff. de Verb. signif.* Paul. lib. 73. ad Edict.

LIII. Proponitur actio ex hoc Edicto in eum cujus maxima pars in venditione fuerit; quia plerumque venalitiarii ita societatem coeunt ut, quidquid agunt, in commune videantur agere. Æquum enim Ædilibus visum est, vel in unum ex his cujus major pars aut nulla parte minor esset, Ædilitias actiones competere (4); ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio Ex empto cum singulis sit pro portione qua socii fuerint : nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum, pronius est. *l.* 44. § 1. Paul. lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

LIV. *Dantur hæ actiones adversus venditorem, quæcunque fuerit persona quæ vendiderit.*

Igitur In pupillaribus quoque venditionibus, erit Edicto locus. *l.* 1. § 5. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Imo et Si respublica aliqua faciat venditionem, Edictum locum habebit. *d. l.* 1. § 4.

Tamen Illud sciendum est, Edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales (5). *d. l.* 1. § 3.

LV. Si servus sit qui vendidit vel filiusfamilias; in dominum vel patrem De peculio Ædilitia actio competit. Quamvis enim pœnales videantur actiones (6); tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est eorum quoque nomine qui in aliena potestate sunt, competere. Proinde et si filiafamilias vel ancilla distraxit, æque dicendum est actiones Ædilitias locum habere. *l.* 23. § 4. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Et si bona fide nobis serviunt, liberi forte homines vel servi alieni, qui vendiderunt; potest dici etiam hos hoc Edicto contineri (7). *d. l.* 23. § 6.

LVI. Hæ actiones quæ ex hoc Edicto oriuntur, etiam adversus heredes omnes competunt. *d. l.* 23. § 5.

Similiter Pomponius : Ædilitiæ actiones et heredi et in heredem competunt; ut tamen et facta heredum, quæ postea accesserint, et quod experiri potuerint, quærantur. *l.* 48. § 5. Pompon. lib. 23. ad Sabin.

LVII. Latinus-Largus (8) : Quæro an etiam fidejussors emptionis, redhiberi mancipium possit? Respondi : Si in universam causam fidejussor sit acceptus, putat Marcellus posse fidejussori redhiberi. *l.* 56. Paul. lib. 1. Quæst.

(1) Cujacius Observ. II. 20. censet legi oportere, *Si servitus.*

(2) Late sumitur emptor. Vid. supra N. 3.

(3) Hoc sensu etiam intelligentur in l. 3. § fin. ff. *de Contrar. tut. act.* et passim alibi. In quibusdam causis, etiam successorem singularem contineri; ut in stipulatione *Ratam rem haberi.*

(4) Et quidem in unumquemque, in solidum. Et in hoc differt actio ex hoc Edicto, ab actione *Ex empto* quæ in venditorem nonnisi pro parte datur.

(5) Propter auctoritatem hastæ fiscalis, cujus fides facile convelli non debet.

(6) Nam crescunt in duplum, si venditor non pareat Sententiæ. Atqui ex pœnalibus causis actio *De Peculio* non competit.

(7) Scilicet ut, maxime ex causis ex quibus nobis acquirunt, adversus nos actio *De Peculio* quod ad nos pertinet, detur : ut vid. Tit. *De Pecul.* supra lib. 15. N. 34.

(8) Nomen est ejus qui consulebat Paulum.

ARTICULUS II.

An individua sit Redhibitionis causa.

LVIII. *Individua est Redhibitionis causa ex parte emptorum; sive plures in solidum emerunt, sive emptori plures heredes extiterunt, sive communis servus emit : ex parte autem venditoris, dividi potest inter plures venditoris heredes, aut plures servi venditoris dominos,*

Hinc Si venditori plures heredes extiterint, singulis pro portione hereditaria poterit servus redhiberi : et si servus plurium vænierit, idem erit dicendum. Nam (1) si unus a pluribus, vel plures ab uno (2), vel plura mancipia ab uno emantur; verius est dicere, si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum. Si tamen partes emptæ sint a singulis; recte dicetur, alteri quidem posse redhiberi, cum altero autem agi Quanto-minoris. Item si plures singuli partes ab uno emant, tunc pro patre quisque eorum experietur (3). Sed si in solidum emant, unusquisque in solidum redhibebit. *l.* 31. § 10. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Idem ait : Si plures heredes sint emptoris; an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus? Et ait Pomponius, Omnes consentire debere ad redhibendum, dareque unum procuratorem : ne forte venditor injuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur Quanti-minoris is homo sit. *d. l.* 31. § 5.

Marcellus quoque scribit, Si servus communis servum emerit, et sit in causa Redhibitionis; unum ex dominis pro parte sua redhibere servum non posse : non magis (inquit) quam quum emptori plures heredes extiterunt, nec omnes ad redhibendum consentiunt. *d. l.* 31. § 7.

LIX. *Ipsa quidem Redhibitio, ut diximus, individua est. Cæterum observandum quod Pomponius* ait, Homine mortuo, vel etiam redhibito, singulos pro suis portionibus recte agere. Pretium autem et accessiones pro parte recipient; sed et fructus et accessiones. Et si quo deterior homo factus est, pro parte præstabitur ab ipsis. Nisi forte tale sit quod divisionem non recipiat; ut puta, ancillæ partus. In hoc enim idem servandum est, quod in ipsa matre vendita; quam pro parte redhiberi posse negavimus. *d. l.* 31. § 6.

SECTIO V.

Quid veniat in judiciis tum Redhibitorio tum Æstimatorio præstandum.

ARTICULUS I.

Quid præstandum veniat in judicio Redhibitorio.

LX. Julianus ait, Judicium Redhibitoriæ actionis, utrumque (id est, venditorem et emptorem) quodammodo in integrum restituere debere. *l.* 23. § 7. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Similiter Paulus : Facta Redhibitione, omnia in integrum restituuntur : perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit. *l.* 60. Paul. lib. 69. ad Edict.

Igitur in hoc judicio mutuæ sunt præstationes. Quas ut methodice exponamus; videbimus 1.° *Quæ emptor venditori præstet in hoc judicio;* 2.° *Quæ vicissim venditor emptori præstare teneatur;* 3.° *Quæ cautiones invicem exhibendæ;* 4.° *Uter alteri prior præstare debeat;* 5.° *denique, Quæ sint discrimina emptorem inter et venditorem circa has præstationes.*

§ 1. *Quæ præstare debeat emptor qui agit* Redhibitoria.

LXI. *Primo debet emptor redhibere, seu reddere venditori, rem cujus nomine* Redhibitoria *agit.*

Quod sic accipe; si res extet, aut culpa emptoris extare desiit.

Igitur, Si mancipium quod redhiberi oportet, mortuum erit : hoc quæretur, numquid culpa emptoris vel familiæ ejus vel procuratoris, homo demortuus sit. Nam si culpa ejus decessit, pro vivo habendus est; ut præstentur ea omnia quæ præstarentur si viveret (4). *l.* 31. § 11. Ulp. lib. 1. ad Edict. Ædil. Curul.

Culpam *autem* omnem accipiemus, non utique latam. Propter quod dicendum est, quamcumque occasionem morti emptor præstitit, debere eum; etiam, si non adhibuit medicum ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua. *d. l.* 31. § 12.

Sed hoc dicemus, si ante judicium acceptum decessit. Cæterum si post judicium acceptum decessisse proponatur (5); tunc in arbitrium judicis veniet, qualiter mortuus sit. Ut enim et Pedio videtur, ea quæcumque post litis contestationem

(1) *Nam* pro *sed.*

(2) Emerint.

(3) Sunt enim hoc casu tot emptiones, quot sunt partes quas quisque emit.

(4) Quomodo autem præstabitur, cum mortuus sit? Nimirum præstabitur ejus æstimatio.

(5) Non potest hoc casu videri deductum in judicio, ut culpam quam circa mancipii mortem admisit emptor præstet : nec enim in judicium deduci potuit, quod post judicium acceptum contigit. Verum continebitur officio et arbitrio judicis, ut hoc æstimet; et, si in culpa videatur emptor, eum condemnet. Præstabit igitur et hoc casu culpam emptor, non quasi in judicium deductam, sed officio judicis. Multa enim in his judiciis, officio et arbitrio judicis relinquuntur.

contingunt, arbitrium judicis desiderant. *d. l.* 31. § 13.

LXII. *Et hæc de casu quo res cujus nomine agitur, non extat. Quid si extet quidem, sed ante acceptum judicium sine culpa sua hujus copiam emptor habere desierit; puta servus fugerit? De hoc casu ita rescribunt Gratianus, Valentinianus et Theodosius.* Habito semel bonæ fidei contractu, mancipioque suscepto et pretio soluto; ita demum repetendi pretii potestas est ei qui mancipium comparavit largienda, si illud quod dixerit fugitivum poterit exhibere (1). Hoc enim non solum in barbaris, sed etiam in provincialibus servis jure præscriptum est. *l. fin. Cod. de Ædil. act.*

LXIII. *Regulariter ea sola res redhibenda est, cujus nomine agitur; quamvis plures simul vænierunt. Puta* Si plura jumenta vænierint, non omnia erunt redhibenda propter unius ornamentum. Nam etsi vitiosum sit unum jugum, non tamen propter hoc cætera juga redhibebuntur. *l.* 38. § 12. Ulp. lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

Quum autem jumenta paria væneunt : Edicto expressum est ut, cum alterum in ea causa sit ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur : in qua re tam emptori quam venditori consulitur, dum jumenta non separantor. Simili modo et si triga venierit, redhibenda erit tota; et, si quadriga redhibeatur. Sed si duo paria molarum sint, et una mula vitiosa sit, vel par; solum par redhibebitur, alterum non. Si tamen nondum sint paria constituta, sed simpliciter quatuor mulæ uno pretio vænierint; unius erit mulæ Redhibitio, non omnium. Nam et si polia (2) væoierit; dicemus unum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere : hæc et in hominibus dicemus, pluribus uno pretio distractis.

Nisi si separari non possint; ut puta si tragœdi vel mimi (*d. l.* 38. § *fin.*) ; vel fratres. *l.* 39. Paul. lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

Hi enim non erunt separandi. *l.* 40. Ulp. Ibid. *Enimvero* Plerumque, propter morbosa mancipia, etiam non morbosa redhibentur; si separari non possint sine magno incommodo, vel ad pietatis rationem offensam. Quid enim, si filio retento parentes redhibere maluerint, vel contra. Quod et in fratribus et in personis contubernio sibi conjunctis observari oportet. *l.* 35. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

LXIV. *Quod de servis tragœdis et similibus dictum est, obtinet eo casu quo non ut seorsim spectati, sed ut chorus vænierunt.*

Et valet ad hoc præsumendum, circumstantia unius pretii quo omnes simul vænierunt. Hinc Africanus; Quum ejusdem generis plures res simul væneant, veluti comœdi vel chorus; referre ait, in universos, an in singulos pretium constituatur : ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractæ intelligantur. Quod vel eo quæri pertinere; ut, si quis eorum forte morbosus aut vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur. *l.* 33. African. lib. 7. Quæst.

Consonat quod Labeo ait : Si uno pretio plures servos vendidisti, sanosque esse promisisti; et pars duntaxat eorum minus sana sit : de omnibus Adversus dictum promissum recte agi. *l.* 64. § 1. Pompon. lib. 17. Epistol.

Ex hac tamen circumstantia non semper judicandum est. Nam licet plures res ejusdem generis uno pretio vænierunt; seorsim spectatas intelligi, et alteram absque aliis redhiberi interdum posse supra vidimus.

Et contra vice versa, Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emptio est; ut propter unius vitium omnes redhiberi possint, vel debeant : scilicet quum manifestum erit, nonnisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse; ut plerumque circa comœdos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet, ut neutri nonnisi omnes habere expediat. *sup. d. l.* 35. § 1.

LXV. *Hactenus de pluribus rebus principaliter venditis.*

Quod si rei principaliter venditæ quædam accesserunt : Jubent Ædiles restitui et quod venditioni accessit, et si quas actiones ipse præstiterit; ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam haberet si venditio facta non esset. *l.* 23. § 1. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Igitur, Si vendita res redhibeatur; servus quoque qui ei rei accessit, licet nullum in eo vitium sit, redhibetur. *l.* 33. § 1. Ibid.

Similiter res quæ redhibetur, sive principaliter vendita sive accessoria, cum his quæ ei accreverunt redhiberi debet. V. G. Si forte ususfructus proprietati accreverit, indubitate hic quoque restituetur. *l.* 31. § 3. Ibid.

LXVI. *Item ab omni jure quod emptor in re constituerit, et unde deterior efficeretur, debet libera res præstari.*

Ita enim Paulus : Pignus manebit obligatum, etiamsi fuerit servus redhibitus; quemadmodum si alienasset, aut usumfructum ejus. Non recte autem redhibetur, nisi redemptum sit; et pignore liberatum redhibeatur. *l.* 43. § 8. Paul. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

LXVII. Ædiles etiam hoc præstare emptorem volunt, si in aliquo deterior factus sit servus.

(1) Accursius ita interpretatur : id est, si poterit probare servum, quum væniit hoc fugitivi vitio fuisse affectum. Verum hæc non est significatio verbi *exhibere*. Quare cum Græcis Interpretibus quos Cujacius et Jac. Gothofredus secuti sunt, sic interpretandum est; ut emptor *Redhibitoria* agere non possit, nisi servum qui fugit sistat et redhibeat venditori. Si non eum steterit et redhibuerit; non poterit quidem *Redhibitoria* agere adversus bonæ fidei venditorem, sed aget *Æstimatoria;* si autem venditor fuerit malæ fidei, etiam *Redhibitoria*.

(2) Grex equorum [*un Haras*].

Sed ita demum, si post venditionem traditionemque factus sit. Cæterum si ante fuit, non pertinet ad hoc judicium quod ante factum (1) est. *l.* 25. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Hoc autem quod deterior factus est servus, non solum ad corpus, sed etiam ad animi vitia referendum est: ut puta, si imitatione conservorum apud emptorem talis factus est; aleator forte vel vinarius vel erro evasit. *d. l.* 25. § 6.

Quum autem Redhibitio fit; si deterius mancipium sive animo sive corpore ab emptore factum est; præstabit emptor venditori: ut puta, si stupratum sit, aut sævitia emptoris fugitivum esse cœperit. Et ideo inquit Pomponius ut, ex quacumque causa deterius factum sit, id arbitrio judicis æstimetur; et venditori præstetur. *l.* 23. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Ex his animadvertere est quam verum sit quod ait Ulpianus : Quid ergo, si culpa non etiam dolo emptoris, servus deterior factus sit? Æque condemnabitur. *sup. d. l.* 25. § 5.

LXVIII. Sive ergo ipse deteriorem eum fecit, sive familia ejus, sive procurator; tenebit actio. *d. l.* 25. § 1.

Sed notandum est, quod non permittitur emptori ex hujusmodi causis noxæ dedere servum suum. Etenim (2) factum servorum suorum, itemque procuratoris, præstat. *d. l.* 25. § 7.

Familiæ appellatione omnes qui in servitio sunt, continentur; etiam liberi homines qui ei bona fide serviunt, vel alieni accipe eos quoque qui in potestate ejus sunt. *d. l.* 25. § 2.

Idem Pedius ait, Familiæ appellatione, et filiosfamilias demonstrari. Facta enim domesticorum, Redhibitoris agentem præstare voluit. *l.* 31. § 15. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Procuratoris fit mentio in hac actione. Sed Neratius procuratorem hic eum accipiendum ait, non quemlibet; sed cui universa negotia, aut id ipsum propter quod deterius factum sit, mandatum est. *d. l.* 25. § 3.

Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit; cæterisque qui ex officio pro aliis interveniunt. Et ita Pedius ait: et adjicit, quibus administratio rerum (3) culpam abesse præstare non inique dominum cogi. *sup. d. l.* 31. § 14.

Observa tamen quod Pedius ait, Æquum fuisse id duntaxat imputari emptori ex facto procuratoris et familiæ, quod non fuit passurus servus nisi ei vænisset. Quod autem passurus erat etiamsi non vænisset, in eo concedi emptori servi sui noxæ deditionem: et ex eo (inquit) quod procurator commisit, solam actionum præstandarum necessitatem ei injungi. *sup. d. l.* 25. § 4.

LXIX. *Et quod de emptore qui rem redhibet, diximus; idem dicendum est de heredibus ejus. Et quidem* Pomponius ait, Si unus ex heredibus vel familia ejus vel procurator, culpa vel dolo fecerit rem deteriorem, æquum esse in solidum eum teneri arbitrio judicis. Hoc autem expeditius esse, si omnes heredes unum procuratorem ad agendum dederunt: tunc et si quo deterior servus culpa unius heredum factus est, et hoc solutum est; cæteri Familiæ erciscundæ judicium adversus eum habent: quia propter ipsum, damnum sentiunt; impediunturque redhibere. *l.* 31. § 9. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

LXX. *Hactenus de damno sarciendo. Præterea* Restituere is videtur qui id restituit quod habiturus esset actor (4), si controversia ei facta non esset. *l.* 75. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 50. AD EDICT.

V. G. Quum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit vel culpa ejus non pervenit, restitui oportet; non solum si ipse fructus percepit, mercedesve a servo vel conductore servi acceperit; sed etiam si a venditore fuerit idcirco consecutus, quod tardius ei hominem restituit. Sed et si a quovis alio possessore fructus accepit emptor, restituere eos debebit. Sed et si quid fructuum nomine consecutus est, id præstet. *l.* 23. § 9. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Item Si ancilla redhibeatur; et quod ex ea post venditionem natum erit, reddetur: sive unus partus sit, sive plures. *d. l.* 31. § 2.

Item si legatum vel hereditas servo obvenerit: neque refert, potuerit hæc consequi venditor, an non potuerit si servum non vendidisset. Ponamus enim talem esse, qui capere aliquid ex testamento non poterat: nihil hæc res nocebit.

Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cujus contemplatione testator servum heredem scripserit, vel ei legaverit. Quia etsi venditio remansisset, nihil hæc res emptori proderat. Et per contrarium (inquit) si contemplatione venditoris institutus proponeretur; tamen diceremus restituere emptorem non debere venditori, si nollet eum redhibere. *sup. d. l.* 23. § 9. ¶ *item si legatum.*

Si quis servum emerit; et rapto eo, Vi honorum raptorum actione quadruplum consecutus est; deinde servum redhibeat; reddere debebit quod accepit. Sed si per eum servum injuriam passus, injuriæ nomine egerit; non reddet (5) venditori.

(1) Licet ab emptore, antequam emeret.

(2) Alibi legitur *Nec enim* : sed evidens est vitiosam esse lectionem.

(3) Mendosa lectio. Rectius Haloander : *quibus administratio rerum permissa est, eos culpa abesse præstare, etc.*

(4) *Actorem* hic intellige, venditorem qui in mutua petitione eorum quæ ipsi refundenda sunt, actoris partes sustinet. Hunc enim hanc legem pertinere probat Cujac. ad d. l.

(5) Quia scilicet ipsius injuria est, quam per servum passus est; quum servo in contumeliam domini facta est. Secus, si non in contumeliam domini factum esset; ut mox subjicit.

Aliter forsitan atque si loris ab aliquo cæso aut quæstione de eo habita, emptor egerit. *l.* 43. § 5. PAUL. LIB. I. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Si peculium quæsiit apud emptorem, quid de hoc dicemus? Et si quidem ex re emptoris accessit, dicendum est apud ipsum relinquendum; si aliunde crevit, venditori restituendum est. *l.* 31. § 4. ULP. IBID.

Et generaliter dicendum est, Quidquid extra rem emptoris per eum servum acquisitum est, id justum videri reddi oportere. *l.* 24. GAIUS LIB. I. AD EDICT. ÆDIL. CURUL.

LXXI. Item sciendum est, hæc omnia quæ exprimuntur Edicto Ædilium, præstare eum debere, si ante (1) judicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari (2) ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, præstaretur. Cæterum post judicium acceptum, tota causa ad hominem restituendum in judicio versatur: et tam fructus veniunt, quam id quo deterior factus est cæteraque veniunt. Judici enim statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit quæcumque in judicio versantur: ea autem quæ ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent; nisi fuerint ei nominatim injuncta. *l.* 25. § 8.

Quod si sine judice homo redhibitus sit; reliqua autem quæ diximus, nolit emptor reddere: sufficiat venditori Ex vendito actio. *sup. d. l.* 23. ¶ *quod si.*

§ 2. *Quæ venditor emptori vicissim præstare teneatur in judicio Redhibitorio.*

LXXII. Præterea in Edicto adjicitur: « ET QUANTA pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit; non reddetur: cujusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur ». *d. l.* 25. § 9.

Igitur emptor Debet recipere pecuniam quam dedit pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. *l.* 27. ULP. LIB. I. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Quomodo autem æstimabitur pretium quod pro re redhibita emptor dedit, si una ex pluribus uno pretio venditis redhibeatur?

Labeo scribit: Si uno pretio plures servos emisti, et de uno agere velis; [inter (3)] æstimationem servorum proinde fieri debere, atque ut fieret in æstimationem bonitatis agri quum ob evictam partem fundi agatur. *l.* 64. POMPON. LIB. 17. EPISTOL.

Hoc tamen distinctionem recipit. Si plura mancipia uno pretio vænierint, et de uno eorum Ædilitia actione utamur; ita demum pro bonitate ejus æstimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit. Quod si singulorum mancipiorum constituto pretio, universa tanti vænierunt quantum ex consummatione singulorum fiebat; tunc cujusque mancipii pretium, seu pluris seu minoris id esset, sequi debemus. *l.* 36. POMPON. LIB. 23. AD SABIN.

LXXIII. *Cum pretio et usuras recipere debet emptor. Ita enim Ulpianus:* Condemnatio autem fit quanti eas res erit. Ergo excedet pretium, an non, videamus? Et quidem continet condemnatio pretium, accessionesque. An et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit, debeat accipere? Maxime cum fructus quoque, ipse restituat? Et placet consecuturum. *l.* 29. § 2. ULP. LIB. I. AD ED. ÆDIL. CURUL.

LXXIV. *Item recipere debet quæ circa rem redhibitam erogavit necessario aut ex voluntate venditoris: ut omne quod* DEDIT *emptor recipiat.*

DARI autem non id solum accipiemus quod numeratur venditori, ut puta pretium et usuras ejus: sed et si quid emptionis causa erogatum est. Hoc autem ita demum deducitur, si ex voluntate venditoris datur. Cæterum si quid sua sponte datum esse proponatur, non imputabitur; neque enim debet, quod quis suo arbitrio dedit, a venditore exigere. Quid ergo si forte vectigalis nomine datum est, quod emptorem forte sequeretur? Dicemus hoc quoque restituendum: indemnis enim emptor debet discedere. *sup. d. l.* 27. ¶ *dari autem.*

Sed quemadmodum supra distinximus in iis quæ venditori præstari debent; ita etiam hic circa ea quæ emptor sibi hoc judicio præstanda petit, distinguenda sunt tempora. V. G. Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emptor fecerit, imputabit (4). Præcedentes impensas nominatim comprehendendas, Pedius: Sed cibaria servo data non esse imputanda, Aristo ait; nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio ejus fuit. *l.* 30. § 1. PAUL. LIB. I. AD ED. ÆDIL. CURUL.

LXXV. *Denique per hoc judicium omnia in integrum restituuntur.* Quare sive emptori servus furtum fecerit; sive alii cuilibet, ob quod furtum emptor aliquid præstiterit; non aliter hominem venditori restituere jubetur, quam si indemnem eum præstiterit. *l.* 23. § 8. ULP. LIB. I. AD EDICT. ÆDIL. CURUL.

LXXVI. *Addunt Ædiles:* CUJUSVE PECUNIÆ QUIS EO NOMINE OBLIGATUS ERIT. *Igitur ex his omnibus causis ex quibus emptori refundendum est quod dedit;* Item emptori præstandum est, ut

(1) Nam si post litem contestatam; non possunt præstari jure obligationis: cum non potuerint in judicium deduci; si quidem demum post judicium facta proponuntur. Cæterum præstabuntur officio judicis, ut mox dicitur.

(2) Sensus est: necesse fuit hæc enumerari ut præstarentur; nec sufficiebat ea relinquere officio judicis. Quæ enim ante judicium acceptum contingunt, non pertinent ad officium judicis; *nisi fuerint ei nominatim injuncta*, ut mox subjicit.

(3) Hæc vox abundat.

(4) Officio judicis.

pecuniæ cujus nomine obligatus erit, liberetor; sive ipsi venditori obligatus sit, sive etiam alii. *l.* 29. § 1. IBID.

§ 3. *De cautionibus in hoc judicio invicem præstandis.*

LXXVII. Pomponius ait, Interdum etiam dupliciter cautiones interponi debere, alias in præteritum, alias in futurum: ut puta si ejus servi nomine qui redhibetur, emptor procuratorve ejus judicium accepit; vel quod cum eo egeretur (1) vel quod ipse ejus nomine ageret (2). Cavendum autem esse ait: SI QUID SINE DOLO MALO EMPTOR CONDEMNATUS FUERIT AUT DEDERIT, HIS REBUS RECTE PRÆSTARI: vel SI QUID EX EO QUOD EGERIT AD EUM PERVENERIT, DOLOVE MALO VEL CULPA EJUS FACTUM SIT QUOMINUS PERVENIRET, IISDEM DE REBUS REDDI. *l.* 21. § 2. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

De hisce mutuis cautionibus ita etiam Paulus: Item si servi redhibendi nomine emptor judicium accepit, vel ipse ejus nomine dictavit; cavendum ex utraque parte erit: ut, si quid sine dolo malo condemnatus sit, vel si quid ex eo quod egerit ad eum pervenerit, dolove malo ejus factum sit quominus perveniret; id reddat. *l.* 30. PAUL. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

LXXVIII. *Aliam futuri temporis cautionem quæ ab emptore qui redhibet, exigi potest; refert Pomponius.* Ait *enim*, Futuri temporis nomine cautionem ei qui sciens vendidit, fieri solere, si in fuga est homo sine culpa emptoris: et nihilominus condemnatur venditor (3). Tum enim cavere oportere ut emptor hominem persequatur, et in suam potestatem redactum venditori reddat (*l.* 21. § *fin.* ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.): Et neque per se, neque per heredem suum futurum, quominus eum hominem venditor habeat. *l.* 22. GAIUS LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

LXXIX. *Sunt etiam præteriti temporis cautiones. Talis est cautio* DE DOLO, *quam emptor venditori præstat.*

Nam, Quum redditur ab emptore mancipium venditori; de dolo malo promitti oportere ei, Pomponius ait. Et ideo cautiones necessarias esse; ne forte aut pignori datus sit servus ab emptore, aut jussu ejus furtum sive damnum cui datum sit. *l.* 21. § 1. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

De cæteris autem noxis non tenetur. Unde Pomponius: Quum mihi redhibeas furtis noxisque solutum esse; promittere non debes præterquam quod jussu tuo feceerat, aut ejus cui tu eum alienaveris. *l.* 46. POMPON. LIB. 18. AD SABIN.

§ 4. *Uter alteri prior in hoc judicio præstare debeat.*

LXXX. Ordine fecerunt Ædiles, ut ante venditori emptor ea omnia quæ supra scripta sunt præstet; sic deinde pretium consequatur. *l.* 25. § *fin.* ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Videamus tamen ne iniquum sit emptorem compelli dimittere corpus, et ad actionem Judicati mitti; si interdum nihil præstatur propter inopiam venditoris: potiusque res ita ordinanda sit, ut emptor caveat, Si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se mancipium restituturum. *l.* 26. GAIUS, IBID.

§ 5. *Quæ sint discrimina emptorem inter et venditorem, circa præstationes quæ in hoc judicio veniunt.*

Primum discrimen.

LXXXI. *Circa has præstationes, hoc primum emptorem inter et venditorem elucet discrimen; quod* Si servus mancipium emit, et dominus Redhibitoria agat; non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia præstiterit quæ hunc actioni continentur: et quidem solida, non peculio tenus. Nam etsi Ex empto dominus agat; nisi pretium totum solverit, nihil consequitur. *l.* 57. PAUL. LIB. 5. QUÆST.

Contra Quod si servus vel filius vendiderit, Redhibitoria in peculium competit.

In peculio autem et causa Redhibitionis continebitur. Nec nos moveat quod, antequam reddatur servus, non est in peculio: non enim potest esse in peculio servus, qui adhuc emptoris est. Sed causa (4) ipsius Redhibitionis in peculio computatur. Igitur si servus decem millibus emptus, quinque millibus sit; hæc quoque in peculio esse

(1) Puta, actione Noxali.

(2) Puta, actione *Furti.*

(3) Vid. supra N. 61 et 62 cum Notis.

(4) Quum servus vendidit vicarium suum, et ex hoc contractum *Redhibitoria* agitur: vicarius quidem ille qui redhibendus est, non est in peculio servi qui eum vendidit; si quidem fuit alienatus: sed causa Redhibitionis est in peculio ipsius. *Causam Redhibitionis* accipe, jus quod venditori competit ut, si *Redhibitoria* agatur, res quæ væniit debeat ei redhiberi. Jus autem illud tanti est, quanti est res quæ væniit. Debet igitur in peculio computari, id quanti est vicarius ille qui væniit. Igitur ita finge: Vicarius quem servus meus decem millibus vendidit, est dignus quinque: si emptor agat ex contractu servi mei adversus me actione *Redhibitoria* De peculio; computabuntur in peculio servi mei, quinque quibus dignus est vicarius qui væniit; et intra eam summam, et id quod præterea in peculio servi mei esset, condemnabor. Verum cum De peculio deduci debeat quod servus domino debet; si quod servus meus ex cujus contractu agitur, mihi debet, exhauriat et hæc quinque quibus dignus est servus qui væniit, et quidquid præterea est in peculio servi ex cujus contractu agitur; emptor nihil consequetur. Ita demum etiam potero conveniri *De peculio*, si servus meus qui vendidit, adhuc habeat peculium: si enim ei sine fraude ademero peculium, non poterit esse locus actioni *De peculio.*

dicemus. Hoc ita; si nihil domino debeat, ani ademptum peculium non est. Quod si plus domino debeat; eveniet ut hominem præstet, et nihil consequatur. *d. l.* 57. § 1.

Observa; re redhibita, dominum aut patrem non conveniri quidem in solidum de pretio quod acceperunt, sed peculio tenus: verum si, quum nondum accepissent, illud petant; a toto eos repelli.

Hinc Alfenus: Filiosfamilias pecullarem servum vendidit, pretium stipulatus est: is homo redhibitos, et postea mortuus est; et pater ejus pecuniam ab emptore petebat quam filius stipulatus erat. Placuit æquum esse, In factum exceptionem eum objicere; quod pecunia ob hominem illum expromissa est qui redhibitus est. *l.* 14. *ff. de Exceptionib.* ALFENUS-VARUS. LIB. 2. DIGEST.

Alterum discrimen.

LXXXII. Illud sciendum est, Si emptor venditori hæc non præstat quæ desiderantur in hac actione, non posse ei venditorem condemnari (1): si autem emptori venditor ista non præstat, condemnabitur ei. *l.* 29. ULPIAN. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Et quidem adversus venditorem Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. Nam si neque pretium neque accessionem solvat, neque eum qui eo nomine obligatus erit, liberet; dupli pretii et accessionis condemnari jubetur (2). Si vero reddat pretium et accessionem, vel eum qui eo nomine obligatus est, liberet; simpli jubetur condemnari. *l.* 45. GAIUS LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

LXXXIII. *Ob pretium autem duntaxat et pretii accessiones, condemnatur emptori venditor.*

Cæterum emptor Si quid damni sensit, vel si quid pro servo impendit; consequetur arbitrio judicis: sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur (ut ait Julianus); sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem præstet. *l.* 29. § *fin.* ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Quid ergo (inquit Julianus) si noluerit venditor hominem recipere? Non esse cogendum ait, quicquam præstare; nec amplius quam pretio condemnabitur. Et hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum; qui, quum posset hominem noxæ debere, maluerit litis æstimationem sufferre. Et videtur mihi Juliani sententia humanior esse. *l.* 23. § 8. ¶ *quid ergo.* IBID.

Igitur: Quod si nolit venditor hominem recipere; non in majorem summam (inquit) quam in pretium, ei condemnandum. Ob hæc ergo quæ propter servum damna sensit, solam dabimus ei corporis retentionem. Cæterum poterit evitare præstationem venditor, si nolit hominem recipere. Quo facto, pretii præstationem eorumque quæ pretium sequuntur solam non evitabit. *l.* 31. ULP. LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Similiter Paulus: Quæro an si servus apud emptorem fugit, et in causa Redhibitionis esse pronunciatus fuerit; non prius venditori restitui debeat, quam rerum ablatarum a servo æstimationem præstiterit? Paulus respondit, Venditorem cogendum, non tantum pretium servi restituere, sed etiam rerum ablatarum æstimationem; nisi si pro his paratus sit servum noxæ nomine relinquere. *l.* 58. PAUL. LIB. 5. RESPONS.

Item quæro; Si nolit æstimationem et pretia rerum restituere; au servus retinendus sit, et danda sit actio [De peculio (3), vel] de pretio redhibiti servi ex Duplæ stipulatione? Paulus respondit, De pretio servi repetendo competere actionem, etiam ex Duplæ stipulatione (4). De rebus per furtum ablatis, jam responsum est (5). *d. l.* 58. § 1.

ARTICULUS II.

Quid veniat in judicio Æstimatorio.

LXXXIV. *In judicio Æstimatorio hoc venit, ut venditor tantum ex pretio remittere aut restituere emptori teneatur, Quanti minoris rem empturum fuisse emptorem æstimabitur, si vitium onusve rei cujus nomine agitur rescisset.*

Circa quam æstimationem nota quod; Si forte jugum mularum sit; quarum altera vitiosa est; non ex pretiô tantum vitiosæ, sed ex utriusque erit componendum Quanti-minoris sit. Cum enim uno pretio utræque venierint, non est separandum pretium; sed Quanto-minoris quum vænirei utrumque fuit, non alterum quod erat vitiosum. *l.* 38. § 13. ULP. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Illud quæritur: Si quis egerit QUANTO-MINORIS propter servi fugam, deinde agat propter morbum; quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem sæpius agi posse Quanto-minoris, dubium non est. Sed ait Julianus, Id agendum esse ne lucrum

(1) Si emptor non præstet quæ hoc judicio præstare debet: id tantum poterit consequi venditor, ut ipse non condemnetur emptori, et absolvatur ab actione *Redhibitoria;* non vero ut emptor ipse eo nomine condemnetur.

(2) Arbitraria igitur est hæc actio; et crescit in duplum, si non pareatur primæ Sententiæ.

(3) Hæc verba *De peculio vel,* delenda esse censet Cujacius ad h. l. cum ineptissima sit hæc quæstio; sitque indubitati Juris, ex delictis servorum non posse nasci actionem *De peculio.*

(4) Eo casu quo emptor stipulatus esset duplam quantitatem pretii, si mancipium in ea causa esset ut redhiberetur.

(5) Scilicet de his venditorem non plus non teneri, quam ut servum eo nomine noxæ relinquat. Ita quidem obtinet in actione *Redhibitoria.* Quod si venditor vitia mancipii dolo dissimulasset; de damnis quæ emptor censit, in solidum ei tenebitur actione ex clausula Edicti HOC AMPLIUS, etc. de qua supra N. 2.

emptor faciat, et bis ejusdem rei æstimationem consequatur. *l.* 31. § 16. Ibid.

LXXXV. *Quamvis regulariter in hoc judicio rem retineat emptor · tamen* Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit; licet Æstimatoria, id est, Quanto-minoris agamus. Nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere; veluti si furiosum aut lunaticum sit; licet Æstimatoria actum fuerit, officio tamen judicis continebitur ut reddito mancipio pretium recipiatur. *l.* 43. § 6. Paul. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

SECTIO VI.

Ex quo et quandiu competant Ædilitiæ actiones.

§ 1. *Ex quo competere incipiant.*

LXXXVI. *Istæ actiones competere incipiunt, ex quo jus ex contractu quæsitum est. Dum jus contractus pendet, nondum competunt. Igitur* Si sub conditione homo emptus sit, Redhibitoria actio ante conditionem existentem inutiliter agitur; quia nondum perfecta emptio, arbitrio judicis imperfecta fieri non potest (1). Et ideo si Ex empto vel vendito, vel Redhibitoria ante actum fuerit; expleta conditione iterum agi poterit. *l.* 43. § 9. Paul. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Interdum etiamsi pura sit venditio, propter Juris conditionem in suspenso est; veluti si servus in quo alterius ususfructus, alterius proprietas est, aliquid emerit. Nam dum incertum est ex cujus re pretium solvat; pendet, cui sit acquisitum (2): et ideo neutri eorum Redhibitoria competit. *d. l.* 43. § 10.

§ 2. *Quando istæ actiones competere desinant.*

LXXXVII. 1.° *Lapsu temporis intra quod competunt.* Tempus autem Redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed Quanto-minoris agitur; annus utilis est. Sed tempus Redhibitionis ex die venditionis currit; aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est. *l.* 19. § *fin.* Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio: Cœlius-Sabinus scribit, Ex priore causa (3) quæ statim (inquit) ut vænit id mancipium cœpit (4), eo nomine posse agere. *l.* 20. Gaius lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

Et Cum sex menses Utiles quibus experiundi potestas fuit, Redhibitoriæ actioni præstantur; non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit. Non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit. *l.* 55. Papin. lib. 12. respons.

De eo casu igitur quo emptor vitium potuisset didicisse: accipe quod Gordianus rescribit: Cum proponas quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse; qua ratione eo nomine cum venditore ejusdem congredi quæras, non possum animadvertere. Etenim Redhibitoriam actionem sex mensium temporibus, vel Quanto-minoris anno concludi manifesti Juris est. *l.* 2. *Cod. de Ædil. action.*

LXXXVIII. 2.° *Istæ actiones competere desinunt, mancipii venditi manumissione. Unde* Si hominem emptum manumisisti; et Redhibitoriam, et Quanti-Minoris, denegandam tibi Labeo ait (5); sicut Duplæ actio periret: ergo et Quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit. *l.* 47. Paul. lib. 11. ad Sabin.

Post mortem autem hominis, Ædilitiæ actiones manent (*d. l.* 47. § *fin.*): Si tamen sine culpa actoris familiæve ejus, vel procuratoris mortuus sit. *l.* 48. Pompon. lib. 23. ad Sabin.

Et si mortuum fuerit jumentum, pari modo redhiberi poterit, quemadmodum mancipium potest. *d. l.*

LXXXIX. 3.° *Quæri potest, an hæ actiones evictione rei venditæ extinguantur? De hac re ita Paulus.* In Redhibitoria vel Æstimatoria potest dubitari an, quia alienum servum vendidit, et ob evictionem et propter morbum forte vel fugam simul teneri potest? Nam potest dici, nihil interesse emptoris, sanum esse, fugitivum non esse, eum qui evictus sit. Sed interfuit emptoris sanum possedisse, propter operas. Neque ex post facto decrescat obligatio: statim enim ut servus traditus est, committitur stipulatio quanti interest emptoris. *l.* 44. § 2. Paul. lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

Consonat quod ait Pomponius. Si servus cujus nomine Duplam stipulati sumus, evictus fuerit a nobis; ob id quod fugitivus vel sanus non fuerit an agere nihilominus possimus, quæritur? Proculus videndum ait ne hoc quoque intersit, utrum tum evictus sit quum meus factus non esset, an

(1) *Redhibitoria* actio ad resolvendum contractum datur. Porro rerum natura non patitur, ut resolvatur quod nondum colligatum est.

(2) Prout enim aut ex peculio ad dominum pertinente, aut ex eo peculio quod ad fructuarium pertinet, solverit; domino aut fructuario quæretur actio. Donec autem incertum est ex quo peculio sit soluturus, neutri jus ex contractu quæsitum est, neutri actio quæsita.

(3) *Prior causa*, est illud dictum quod intercessit ante venditionem; posterior causa est stipulatio quæ ea de re postea intercessit: prior causa, statim atque res vænit, cœpit esse efficax ad pariendam *Redhibitoriam* actionem. Ex eo igitur tempore, non vero eo demum tempore quo stipulatio interposita est, cœpit *Redhibitoria* competere.

(4) Recte hoc verbum hic restituit Budæus, quod male fuerat positum in fine.

(5) Nam emptor desiit facto suo, posse redhibere.

tum quum meus factus esset. In eo enim casu quo meus factus est, statim mea interest quanto ob id deterior est: et quam actionem semel ex stipulatu habere cœpi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi, nec ulla simili causa amitti. At si in bonis meis factus non sit: nihil ob ea quod fugitivus sit, pauperior sim, utpote cum in bonis meis non sit. Quod si sanum esse, erroneu non esse, stipulatus essem; tantum mea interesse, quantum ad præsentem usum pertineret: tametsi in obscuro esset, utpote ignorantibus nobis quamdiu eum habiturus essem; et an futurum esset ut eum quisquam aut a me, aut ab eo cui vendidissem cuive similiter promisissem, evinceret. Summam autem opinionis suæ hanc esse, tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea intersit, aut post stipulationem interfuit, eum servum fugitivum non esse. *l.* 16. § 2. *ff. de Evict.* Pompon. lib. 9. ad Sabin.

XC. *Observandum superest; eas actiones quum ex pluribus causis competunt, non consumi si ex una causa actum sit.*

Hinc V. G. Quum Redhibitoria actione de sanitate agitur: permittendum est, de uno vitio agere; et prædicare ut, si quod aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. *l.* 48. § 7. Pompon. lib. 23. ad Sabin.

SECTIO VII.

SEU

APPENDIX AD PRIMAM PARTEM.

De duabus aliis actionibus ad materiam Redhibitionum pertinentibus.

ARTICULUS I.

De ea specie actionis Redhibitoriæ *quæ nascitur ex lege contractui apposita; ut, si res displicuerit, possit redhiberi.*

XCI. Si quid ita vænierit, ut, nisi placuerit intra præfinitum tempus, redhibeatur; ea conventio rata habetur.

Si autem de tempore nihil convenerit, In factum actio intra sexaginta (1) dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum, ultra non.

Si vero convenerit ut in perpetuum Redhibitio fiat; puto hanc conventionem valere.

Item si tempus sexaginta dierum præfinitum Redhibitioni præterierit; causa cognita judicium dabitur. *l.* 31. § 22. Ulp. lib. 1. ad Ed. Ædil. Curul.

In causæ antem cognitione hoc versabitur; si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit præsens cui redderetur; aut aliqua justa causa intercessit cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei magis displicuerat. *d. l.* 31. § 23.

XCII. In his autem actionibus eadem erunt observanda; quæ de partu, fructibus, accessionibus, quæque de mortuo redhibendo dicta sunt. *d. l.* 31. § 24.

Et quia eadem omnino veniunt in hac actione In Factum, *ideo* Redhibitoriam *eam vocant Diocletianus et Maximianus qui sic rescribunt*: Si prædium quis sub ea lege comparavit ut, si displicuerit, inemptum sit; id utpote sub conditione venditum resolvi, et Redhibitoriam actionem adversus venditorem competere palam est. *l.* 4. *Cod. de Ædilit. action.*

ARTICULUS II.

De actione In factum *quæ competit ad recipiendum pretium rei Redhibitæ.*

XCIII. In Factum (2) actio competit ad pretium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit. In qua non hoc quæritur, an mancipium in causa Redhibitionis fuerit: sed hoc tantum, an sit redhibitum: nec immerito. Iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit (recipiendo mancipium) esse id in causa Redhibitionis, tunc quæri utrum debuerit redhiberi an non debuerit.

Nec de tempore quæritur, an intra tempora redhibitus esse videatur. *sup. d. l.* 31. § 17.

Illud plane hæc actio exigit, ut sit redhibitus. Cæterum nisi fuerit redhibitus, deficit ista actio; etiamsi nudo consensu placuerit ut redhibeatur. Conventio ergo de redhibendo non facit locum huic actioni, sed ipsa Redhibitio. *d. l.* 31. § 18.

Restitui autem debet per hanc actionem, etiam quod ei servo in venditione accessit (3). *d. l.* 31. § 19.

(1) D. Noodt censet in Edicto Ædilium [quod mancum supra initio hujus Tituli relatum est] sic fuisse cautum: Si quod ita vænierit ut nisi placuerit redhibeatur; intra sexaginta dies, non ultra nisi causa cognita, judicium dabimus.

(2) Hanc ex sententia Edicti Ædilium competiisse censet D. Noodt.

(3) Si emptor qui post servum redhibitum agit hac actione *In factum*, retineat quædam quæ huic venditioni accesserunt; ad officium judicis pertinebit ut jubeat emptorem ea restituere venditori.

SECUNDA PARS.

Refertur aliud Edictum Ædilium.

XCIV. Deinde aiunt Ædiles : « NE QUIS canem, » verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, » pantheram, leonem » (*l.* 40. *§ fin.* ULP. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.) : Et generaliter » ALIUDVE » quod noceret animal, sive soluta sint sive » alligata; ut contineri vinculis, quominus damnum inferant, non possint ». *l.* 41. PAUL. » IBID. » Qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit ut cuiquam nocere damnumve dare possit. » SI ADVERSUS ea factum erit, et homo liber ex » ea re perierit; solidi ducenti præstabuntur: sin » citum homini libero esse dicetur; quanti bonum » æquum judici videbitur, condemnetur : cæterarum rerum, quanti damnum datum factumve » sit, dupli ». *l.* 42. ULP. IBID.

TITULUS II.

DE EVICTIONIBUS ET DUPLÆ STIPULATIONE.

I. Ex *Ædilitio Edicto descendit* Stipulatio DUPLÆ, *de qua in hoc Titulo agitur : quæ sic appellatur, quia in plerisque locis moris est et consuetudinis, venditorem duplam quantitatem pretii*, Evictionis *nomine promittere. Et non solum Evictionis nomine hæc stipulatio interponitur; verum etiam cæterarum rerum nomine quæ Edicto Ædilium continentur, et de quibus caveri eos jubere vidimus Titulo præcedenti.*

Competit quidem ex his causis actio Ex Empto : *verum ad abundantiorem emptorum securitatem, voluerunt Ædiles has stipulationes interponi; et sæpe expedit magis ex his stipulationibus agere quam* Ex empto *actione, in qua venit id quod interest emptoris quod sæpe incertum est; in actione autem ex stipulatione Evictionis nomine interposita, venit duplum pretii quanti res væniit. Hoc tamen (ut in decursu videbimus) minus habet actione* Ex Empto; *quod* Ex Empto *agitur, quomodocumque non licet emptori rem ex causa emptionis habere; imo interdum et ante Evictionem, si venditor sciens rem alienam vel obligatam vendendo decepit emptorem : Ex stipulatu autem actio nonnisi secuta et quidem per judicem Evictione competit.*

Quod Si venditor de his quæ Edicto Ædilium continentur, non caveat; polliceutur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses (1); vel quanti emptoris interfit, intra sex menses. *l.* 28. *ff. de Ædil. Edict.* GAIUS LIB. 1. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Potest etiam venditor (statim post venditionem) ad hanc cautionem exhibendam compelli per actionem Ex empto, *quæ eo casu datur in id quanti maxime periclitaretur venditor, si cavisset; id est, in Duplam pretii : ne prodesse possit ei non cavisse. Electa autem actio* Ex empto, *istas actiones Ædilitias, tam* Ex stipulatu *de qua in hoc titulo, quam eas de quibus in tit. præcedenti nimirum* Ad redhibendum *et* Quanto-minoris *consumit, et vicissim.*

De Stipulatione DUPLÆ *in genere, primum agemus : Deinde specialiter de ea quæ Evictionis nomine interponitur : Tum de stipulationibus quæ interponuntur ob noxas et vitia mancipiorum et animalium venditorum : Denique de stipulatione* VACUAM POSSESSIONEM TRADI.

(1) Ita ut etiam sexagesimo-primo die recte agatur : vid. l. 101. *de Reg. Juris*

PRIMA PARS.

De Stipulatione DUPLÆ *in genere.*

Circa hanc Stipulationem quæremus, 1.° An una sit, an plures stipulationes contineat; 2.° Quomodo interponatur; 3.° Ad quos contractus pertineat; 4.° Quantum in hac stipulatione deduci soleat.

§ 1. *An Stipulatio* Duplæ *una sit, an plures stipulationes contineat.*

II. Quia dicitur, quotiens plures res in stipulationem deducuntur, plures esse stipulationes; an et in Duplæ Stipulatione hoc idem sit, videamus (quum quis stipulatur FUGITIVUM NON ESSE, ERRONEM NON ESSE, et cætera quæ ex Edicto Ædilium-Curulium promittuntur) utrum una stipulatio est, an plures? Et ratio facit ut plures sint. *l.* 32. ULP. LIB. 46. AD SABIN.

Ergo et illud procedit quod Julianus libro 15 Digestorum scribit: Egit (1) (inquit) Quanti-minoris propter fugam servi, deinde agit propter morbum; id agendum est (inquit) ne lucrum faciat emptor, et bis ejusdem vitii æstimationem consequatur. Fingamus emptum decem; minoris autem empturum fuisse duobus, si tantum fugitivum esse scisset emptor; hæc consecutum propter fugam: mox comperisse quod non esset sanus; similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non ignorasset; rursus consequi debebit duo. Nam et si de utroque simul egisset, quatuor esset consecuturus; quia cum forte qui neque sanus et fugitivus esset, sex tantum esset empturus. Secundum hæc, sæpius Ex stipulatu agi poterit: neque enim ex una stipulatione, sed ex pluribus agitur. *d. l.* 32. § 1.

III. *Cæterum recte* Cassius ait, Eum qui ex Duplæ stipulatione litis æstimationem consecutus est, aliarum rerum nomine de quibus in venditionibus caveri solet, nihil consequi posse (2). *l.* 11. § 14. *ff. de Act. empt.* ULP. LIB. 32. AD ED.

Obiter nota: Julianus, deficiente Dupla (3), Ex empto agendum putavit. *d.* § 14.

§ 2. *Quomodo interponatur.*

IV. Emptori Duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur; sed ut repromittatur. *l.* 37. ULP. LIB. 32. AD ED.

Et rursus: Illud quæritur, an is qui mancipium (4) vendidit, debeat fidejussorem ob Evictionem dare; quem vulgo AUCTOREM SECUNDUM vocant? Et est relatum, non debere, nisi hoc nominatim actum est. *l.* 4. IDEM.

Pariter Paulus: Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum (5) promitteretur; Ex empto, perpetua actione agi poterit. Non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet qui Duplam promittit; sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit. *l.* 56. PAUL. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

V. *Cujacius censet venditorem posse, loco hujus stipulationis, cavere pignoribus Evictionis nomine; et hoc significare Paulum quum ait:* Cautum intelligitur, sive personis sive rebus (6) cautum sit. *l.* 188. § 1. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 33. AD ED.

§ 3. *Ad quos contractus pertineat Stipulatio Duplæ.*

VI. *Ad contractus emptionis-venditionis, eosve qui emptionem redolent, pertinet hæc stipulatio; tenetur que eam venditor interponere, ut vidimus supra lib.* 19. *Tit.* de act. empti.

Quamvis autem ad cæteros contractus regulariter non pertineat; tamen, si convenerit, utiliter interponetur.

Unde Ulpianus: Sciendum est, nihil interesse ex qua causa Duplæ stipulatio fuerit interposita; utrum ex causa emptionis, an ex alia, ut committi possit. *l.* 52. ULP. LIB. 81. AD ED.

Hinc Severus et Antoninus: Quoniam avus tuus quum prædia tibi donaret, de Evictione eorum cavit; potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob Evictionem prædiorum, pro portione scilicet hereditaria. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Nota: Nudo autem pacto interveniente, minimo donatorem hac actione teneri certum (7) est. *d. l.* 2. *Cod.*

Et de hoc casu quo nudum pactum intervenisset, accipe quod ait Paulus: Invitus donator de Evictione rei donatæ promittere non cogitur; NEC EO NOMINE SI PROMISERIT ONERATUR; quia lucrativæ rei possessor ab Evictionis actione, ipsa Juris ratione depellitur. PAUL. SENT. *lib.* 5. *tit.* 10. § 5.

§ 4. *Quantum hac Stipulatione promittatur.*

VII. DUPLA *promittitur, nisi aliud convenit; ut vid. supra N.* 4.

(1) Suppla, *emptor.*

(2) Quia jam duplum consecutus sit. Ex istis enim omnibus stipulationibus non plus deberi potest quam duplum.

(3) Id est, non interposita Stipulatione *Duplæ.*

(4) Cujacius Observ. XXI. 15. censet legendum, *mancipio vendidit:* quæ emendatio supervacua videtur.

(5) D. Noodt putat hæc verba, *vel triplum aut quadruplum*, expungenda esse; substituendumque, *vel Dupla:* neque enim licuisse stipulari ultra duplum. Nam quod per has stipulationes promittitur, est loco ejus quod interest; quod non potest excedere duplum: l. 44. ff. *de Act. empt.* Putat autem Noodt hoc innuere Paulum quum [*sentent.* lib. 2. Tit. 17. § 3.] ait: *Res empta....... si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur:* id enim ita intelligendum, ut ad finem dupli, non ultra, possit per stipulationem obligari.

Similiter emendat legem 5. ff. *de Jure Fisc.* ex qua delet hæc verba *vel triplum.*

(6) Id est [ut Cujacius interpretatur] sive personam suam, sive suas res obliget Evictionis nomine. Huc referri hanc legem Cujacius colligit, ex eo quod Paulus in libro 33 unde desumpta est, potissimum tractavit de contractu emptionis: et hoc constat ex Indice Labitti.

(7) Quod in his textibus dicitur, donatorem ex nudo præstandæ Evictionis pacto non teneri, puto obtinere debere etiam post Constitutionem Justiniani. Hæc enim Constitutio dedit quidem ex donationis pacto actionem ut res donata traderetur; at non ut ea evictio præstaretur.

Item nisi diversus sit mos regionis ubi contractum est. Etenim Si fundus vænierit; ex consuetudine (1) ejus regionis in qua negotium gestum est, pro Evictione caveri oportet. *l.* 6. Gaius lib. 10. ad Ed. provinc.

VIII. Quod autem dicimus Duplam promitti oportere, sic erit accipiendum ut non ex omni re id accipiamus; sed de his rebus quæ pretiosiores essent : si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile væneat. *sup. d. l.* 37. § 1.

In rebus enim vilioribus simplum duntaxat præstatur ob Evictionem.

Rebus autem pretiosis annumerantur servi. Unde statim subjicitur : Per Edictum autem Curulium, etiam de servo cavere venditor jubetur. *d.* § 1.

Alia exceptio est in fisco qui, quum vendit, semper de simplo duntaxat tenetur : ut videb. infra lib. 50. *Tit.* de Jure fisci.

(1) Ex singulari enim quorumdam regionum consuetudine, simplum duntaxat promittebatur.

SECUNDA PARS.

De Stipulatione quæ Evictionis nomine interponitur.

In I°. *hujus Partis Sectione videbimus, quando stipulatio ex hac causa committatur. Secunda versabitur circa actionem quæ inde descendit. In* 3°. *Quæremus quando hæc stipulatio extinguatur. Sectionem* 4am. *subjungemus, de quadam speciali clausula quæ interdum adjicitur in hac stipulatione.*

SECTIO I.

Quando committatur Stipulatio de Evictione.

IX. *Hæc stipulatio tunc demum committitur quum res evincitur. Ideoque* Qui rem emit et post possidet, quandiu evicta non est, auctorem suum propterea quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest (1). *l.* 3. *Cod. h. t.* Severus et Antonin.

Cum igitur evictum (id est, ablatum) intelligi non possit, quod nondum traditum est; ante traditionem non potest committi hæc stipulatio.

Non tamen necesse est realem traditionem intervenisse. Hinc si rem quæ apud te esset, vendidissem tibi; quia pro tradita habetur; Evictionis nomine me obligari placet (2). *l.* 62. Celsus lib. 27. digest.

Nec refert etiam an ipsi emptori, an alteri voluntate ejus res tradita sit. Nam Si id quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris; de Evictione te mihi teneri (3), sicuti si acceptam rem tradidissem, placet. *l.* 61. Marcell. lib. 8. digest.

Ut vero magis innotescat quando stipulatio de Evictione committatur; videndum primo, Quando res evicta videatur : deinde videbimus quæ circa Evictionem concurrere debeant ut stipulatio committatur : postea, cujus rei Evictio stipulationem committat : denique cui personæ rem evinci oporteat ut committatur stipulatio.

ARTICULUS I.

Quando res Evicta videatur necne.

X. Evincere *proprie a vincendo in judicio dicitur : unde res alicui evicta dicitur, quæ per judicem ei aufertur; quod tribus casibus contingit, quos ita complectitur Pomponius :* Duplæ Stipulatio committi dicitur, tunc quum res restituta est petitori; vel damnatus est litis æstimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est. *l.* 16. § 1. Pompon. lib. 9. ad Sabin.

XI. *Recte ait Pomponius :* Vel damnatus est litis æstimatione.

Neque enim habere licet eum (4) cujus si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emptione (id est, ex litis æstimatione) emptori habere licet, non ex pristina. *l.* 21. § 2. ¶ *neque enim.* Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Nec refert emptor ipse, an alius pro eo litis æstimationem intulerit.

Hinc, si pro re pupilli quam emit (5), litis æstimationem tutor non ex pecunia pupilli, sed ex suo præstiterit; Stipulatio de Evictione pupillo adversus venditorem committitur. *l.* 22. Pompon. lib. 1. ex Plaut.

Si tamen ipse venditor pro emptore litis æstimationem intulisset; non videretur res evicta.

(1) Secus de actione *Empti;* quæ adversus eum qui sciens rem alienam aut pigneratam vendidis, etiam ante Evictionem datur : ut vid. supra Tit. *de action. Empti.*

(2) Scilicet si tibi evicta fuerit.

(3) Si res Titio fuerit evicta : nam (ut videb. infra Art. 4.) committitur Stipulatio sive ipsi emptori res evincatur, sive ei cui eam non evinci ejus intersit.

(4) Servum V. G.

(5) Pupillus.

Et ideo *Julianus ait*: Si emptor hominis, mota sibi cootroversia venditorem dederit procuratorem, isque victus litis æstimationem sustulerit; Stipulationem Duplæ non committi: quia nec Mandati actionem procorator hic idemqoe venditor habet, ut ab emptore litis æstimationem consequatur. Cum igitur neque corpus neque pecuoia emptori absit, non oportet committi stipulationem; quamvis, si ipse judicio accepto victus esset et litis æstimationem sustulisset, placeat committi stipulatiooem: ut et ipse Juliaous eodem libro scripsit. *d. l.* 21. *d.* § 2.

XII. *Cum ea res evicta dicatur, quæ per judicem ablata est; hinc non videbitur evicta, si condemnatio exitum non habuit, et adhuc rem habere liceat.*

Exemplum affert Gaius. Habere licere rem videtur emptor; et si is qoi emptorem in Evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit; ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio; quia rem habere ei licet. *l.* 57. Gaius lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

Qood cum ita est; videamus, et si ab eo qui vicerit donata legatave res fuerit emptori, æque dicendum sit Ex stipulatu actionem non nasci? Scilicet si aoteqoam abdoceret vel auferret, donaverit vel legaverit. Alioquin semel commissa stipulatio resolvi non potest. *d. l.* 57. § 1.

XIII. *Vice versa etsi rem habere non liceat; evicta non videbitur, nisi propter ipsam Sententiam non liceat.* Iode Julianus libro 43 elegaoter definit, Duplæ Stipulatiooem tunc committi, quoties res ita amittitur ut eam emptori babere non liceat propter ipsam Evictionem. *l.* 21. § 1. Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Hinc Idem Julianus eodem libro scribit: Si lite contestata fugerit homo culpa possessoris (1); damnatus quidem erit possessor; sed non statim eom ad venditorem regressurum, et ex Duplæ Stipulatione actnrum; quia ioterim, non propter Evictionem, sed propter fogam, ei hominem babere oon licet. Plaoe (inquit) quum apprehenderit possessionem fugitivi, tonc (2) committi stipolationem Julianus ait: nam et si sine culpa (3) possessoris fugisset, deindecautionibus interpositis absolutus esset; non alias committeretur stipulatio quam si appreheosum hominem restitnisset (4). Ubi igitur litis æstimationem obtulit, sufficit apprehendere: ubi cavit, non prius nisi restituerit (5). *d. l.* 21. § 3.

Recte autem videtur quis propter ipsam Evictionem desinere habere rem evictam, quamvis eam alteri tradere necesse haberet; maxime si eo quod tradere non possit, ei condemnatus fuerit.

Hinc si servum emero et eumdem vendidero, deinde emptori ob hoc fuero condemnatus quia tradere noo potui evictum; committitur stipulatio. *l.* 33. Ulpian. lib. 51. ad Sabin.

XIV. *Cum res evicta non dicatur nisi quæ per judicem ablata est; inde etiam sequitur quod ex Sabino refert Paulus*: Si vendideris servum mihi Titii, deiode Titios heredem me reliquerit; Sabinns ait amissam actionem pro Evictione, qooniam servus non potest evioci (6): sed in Ex empto actionem decurrendum est (7). *l.* 9. Paul. lib. 76. ad Ed.

Idem Paulus ait: Item si domino servi heres extiterit emptor; quoniam evioci ei non potest, nec ipse sibi videtur eviocere (8), non committitur Duplæ Stipulatio: bis igitur casibus, ex empto agendum erit. *l.* 41. § 1. Paul. lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

XV. *Evicta res dicitur, quæ per judicem ablata est. Nil refert autem quo genere judicii. Nam* Duplæ Stipulatio Evictionem non uoam cootinet, si quis dominium rei petierit et evicerit; sed et si Serviaoa actione experiatur. *l.* 34. § 2. Pompon. lib. 27 ad Sabin.

Evictus autem a creditore tunc videtur, quum fere spes babeodi abscissa est. Itaqoe si Serviana actione evictus sit, committitur qoidem stipulatio: sed qooniam soluta a debitore pecunia potest servom habere, si soluto pigoore venditor cooveniatur, poterit nti Doli exceptione. *l.* 35. Paul. lib. 2. ad Ed. Ædil. Curul.

Item Si Commoni dividundo mecum actnm esset; et adversario servus adjudicatus sit, quia probavit eum commnoem esse; babebo ex Duplæ Stipulatiooe actionem, quia non ioterest quo genere judicii evincatnr nt mihi habere noo liceat. *l.* 34. § 1. Pompon. lib. 27. ad Sabin.

Idem obtinebit et si per in integrum restitutionem res evicta fuerit. V. G. « Minor viginti quinque « annis fundum vendidit Titio; eum Titius Seio:

(1) Possessor post litem contestatam tenetur custodire servum qui ab ipso petitur, *si is* servus fuerit fugitivus aut malæ opinionis.

(2) Jam enim noo propter fugam eum babere ipsi non licet, cum ex fuga revocatus supponatur, sed propter Evictionem. Nec obstat quod possit eum retinere, cum pro eo æstimationem solverit condemnatus culpæ suæ nomine. Nam, ut supra diximus, non videtur ipsi licere babere rem cujus pretium ipsi abest.

(3) Puta, quia servus erat bonæ opinionis; quem diligens quisque paterfamilias non custodivisset.

(4) Vid. Not. seq.

(5) Quum litis æstimatiooem obtulit, servus abesse ei videtur propter pretium quod ipsi obest. Quum duntaxat cavit de restituendo servo si recepisset, hæc ratio cessat; nec videri potest servus ei abesse priusquam sit restitutus.

(6) Per judicem scilicet: neque enim ipse mecum agere, et mihi condemnari possum.

(7) Nam in actione *Ex empto*, non requiritur Evictio proprie dicta: sufficit ut non liceat emptori habere rem ex causa emptionis. Non habeo autem eam ex causa emptionis, cum jam ex alia causa eam nanctus sim. Vid. supra lib. 19. Tit. *de Act. Empt.* N. 41.

(8) Scilicet si *Evictionis* verbum in sua propria significatione accipiatur; ut accipitur in hac Stipulatione. Largius accipitur in actione *Ex Empto*; ut vid. d. tit. *de Action. Empt.* Sect. 2. cap. 1. art. 4. § 1.

» Minor se in ea venditione circumscriptum dicit; » et impetrat cognitionem non tantum adversus » Titium, sed etiam adversus Seium. Seius postu- » labat apud Prætorem, utilem sibi de Evictione » stipulationem in Titium dari: ego dandam pu- » tabam ». Respondi: Justam rem Seius postulat. Nam si ei fundus Prætoria cognitione ablatus fuerit; æquum erit per eumdem Prætorem et Evictionem restitui. *l.* 39. JULIAN. LIB. 57. DIGEST.

XVI. *Quod tamen diximus, rem evictam videri quocumque judicii genere evicta sit, noli trahere ad compromissa: Nam* Si compromisero, et contra me data fuerit Sententia; nulla mihi actio de Evictione danda est adversus venditorem: nulla (1) enim cogente necessitate id feci. *l.* 56. § 1. PAUL. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

ARTICULUS II.

Quæ circa Evictionem concurrere debeant, ut stipulatio Evictionis nomine committatur.

Ut stipulatio Evictionis committatur, hæc circa Evictionem concurrere oportet: 1.° *Ut ex ea causa proficiscatur quam non exceperit venditor;* 2.° *Ut ex ea causa contingat quæ non emerserit demum post contractum; unde sequitur oportere;* 3.° *Ut jure facta sit;* 4.° *Ut citra culpam emptoris contigerit. Nam injuria judicis aut culpa emptoris per quam res evinceretur, esset casus post contractum demum emergens;* 5.° *Oportet ut venditori lis denuntiata sit.*

§ 1. *De causa Evictionis quam venditor excepit.*

XVII. *Non præstat venditor eam Evictionis causam quam excepit.*

Hinc V. G. Qui libertatis causam excepit in venditione; sive jam tunc quum traderetur, liber homo fuerit; sive conditione quæ testamento proposita fuerit impleta, ad libertatem pervenerit; non tenebitur Evictionis nomine. *l.* 69. SCÆVOLA LIB. 2. QUÆST.

XVIII. *Circa hanc libertatis exceptionem quædam hic observanda veniunt aut quærenda.*

Et 1.° Qui autem in tradendo statuliberum dicit; intelligitur hanc speciem duntaxat libertatis excipere, quæ ex testamento impleta conditione ex præterito (2) possit obtingere. Et ideo, si præsens testamento libertas data fuerit, et venditor statuliberum pronunciavit; Evictionis nomine tenetur. *d. l.* 69. § 1.

2.° Rursus qui statuliberum tradit; si certam conditionem pronunciaverit, sub qua dicit ei libertatem datam; deteriorem conditionem suam fecisse existimabitur: quia non omnem causam statutæ libertatis, sed eam duntaxat quam pronunciaverit, excepisse videbitur. Veluti si quis hominem dixerit decem dare jussum, isque post annum ad libertatem pervenerit; quia hoc modo libertas data fuerit, STICHUS POST ANNUM LIBER ESTO; Evictionis obligatione tenebitur. *d. l.* 69. § 2.

3.° Quid ergo? Qui jussum decem dare, pronunciat viginti dare debere; nonne in conditionem mentitur? Verum est, hunc quoque in conditionem mentiri. Et ideo quidam existimaverunt, hoc quoque casu Evictionis stipulationem contrahi: sed auctoritas Servii prevaluit, existimantis hoc casu Ex empto actionem esse (3): videlicet quia putabat eum qui pronunciasset servum viginti dare jussum, conditionem excepisse quæ esset in dando. *d. l.* 69. § 3.

Quocirca ita notat Gaius. Si heres statuliberum, qui sub conditione pecuniæ dandæ liber esse jussus est, vendiderit; et majorem pecuniam in conditione esse dixerit, quam dare ei jussus est; Ex empto tenetur: si modo talis est conditio ut ad emptorem transiret; id est, si heredi dare jussus est servus. Nam si alii dare jussus; quamvis veram pecuniæ quantitatem dixerit, tamen si non admonuerit alii dare jussum, Evictionis nomine tenebitur. *l.* 54. § 1. GAIUS LIB. 28. AD ED. PROVINC.

4.° *An in specie sequenti eadem videbitur conditio libertatis cum ea quam venditor pronunciavit?* Servus rationibus redditis liber esse jussus est. Hunc heres tradidit, et dixit centum dare jussum. Si nulla reliqua sunt quæ servus dare debeat, et per hoc adita hereditate liber factus est; obligatio Evictionis contrahitur, eo quod liber homo tanquam statuliber traditur. Si centum in reliquis habet, potest videri heres non esse mentitus; quoniam rationes reddere jussus, intelligitur summam pecuniæ quæ ex reliquis colligitur, jussus dare. Cui consequens est ut, si minus quam centum in reliquis habuerit, veluti sola quinquaginta; (ut, quum eam pecuniam dederit, ad libertatem pervenerit) de reliquis quinquaginta actio Ex empto competat. *l.* 69. § 4. SCÆVOLA LIB. 2. QUÆST.

XIX. *Vidimus non committi actionem de Evictione, si res ex ea causa evincatur quam venditor excepit. Non idem semper obtinet circa actionem* Empti.

V. G. Sed et si quis in venditione statuliberum perfusorie (4) dixerit, conditionem autem libertatis celaverit; Empti judicio tenebitur, si id nescierit emptor. Hic (5) enim exprimitur eum qui dixerit statuliberum et nullam conditionem pronunciaverit, Evictionis quidem nomine non teneri si con-

(1) Dubitari poterat numquid non posset videri evicta res, quam quis ex Sententia arbitri tenetur restituere, aut pœnam compromissi præstare. Ratio decidendi est, quod compromissum non sit Sententia in invitos, sed in volentes; qui nimirum non cogebantur compromittere: porro evictum videri non potest, nisi quod invito aufertur. Non nascitur igitur hoc casu actio *de Stipulatione*: sed nec actio *Ex empto*; quia, dum volens compromisit, per ipsum factum est quominus ei rem liceat habere.

(2) *Ex præterito* apposita, sed quæ existat in futurum.

(3) Duntaxat in id ut venditor suppleat decem quæ desunt.

(4) Id est, ambigue. Alias, et melius perfunctorie.

(5) *Hic*, id est, quod spectat ad actionem *Empti*.

ditione impleta servus ad libertatem pervenerit, sed Empti judicio teneri; si modo conditionem quam sciebat propositam esse, celavit. Sicuti qui fundum tradit, et quum sciat certam servitutem deberi; perfunctorie dixerit, ITINERA, ACTUS, VIAS SUNT, UTIQUE SUNT, RECTE RECIPITUR; Evictionis quidem nomine se liberat: sed quia decepit emptorem, Empti judicio tenetur. *d. l.* 69. § 5.

XX. *Interdum etsi ex alia conditione servus evincatur in libertatem; nec actioni* Ex stipulatu, *nec actioni* Ex empto *locus erit: scilicet si ea conditio quam pronunciaverat venditor, prius extitisset.*

V. G. Quum tibi Stichum venderem, dixi eum statuliberum esse, sub hac conditione manumissum SI NAVIS EX ASIA VENERIT. Is autem SI TITIUS CONSUL FACTUS FUERIT, manumissus erat. Quærebatur, si prius navis ex Asia venerit, ac post Titius Consul fiat, atque ita in libertatem evictus sit; an Evictionis nomine teneatur? Respondit, Non teneri eum. Etenim dolo malo emptorem facere; cum prius extiterit ea conditio quam Evictionis nomine exsolverit (1). *l.* 46. § 2. AFRICAN LIB. 6. QUÆST.

Item si post biennium (2) liberum fore dixi, qui post annum libertatem acceperit; et post biennium (3) in libertatem evincatur: vel decem dare jussum, dixerim quinque; et his decem datis ad libertatem pervenerit: magis esse ut his quoque casibus non tenear. *d. l.* 46. § 3.

§ 2. *De causis Evictionis quæ demum post contractum emerserunt.*

XXI. *Stipulationem de Evictione non committit, illa Evictio quæ fieret ex causa post contractum contingente. Nam* (*ut vidimus supra lib.* 18. *Tit.* de Per. et comm. rei vend.) *omne periculum post contractum, emptorem spectat.*

Exemplum habes in specie sequenti. Cum in venditione servi, peculium semper exceptum esse intelligitur; is homo ex peculio summam quamdam secum abstulerat. Si propter hanc causam, Furti cum emptore actum sit: non revertetur emptor ad venditorem ex Stipulatione Duplæ: quia furtis noxisque solutum esse præstari debet venditionis tempore; hæc autem actio postea esse cœperit. *l.* 3. PAUL. LIB. 10. AD SABIN.

Excipe, modo non ab ipso venditore causa Evictionis proficiscatur: qui rem V. G. quam tibi vendidit, postea ipse (ante traditionem) alienasset alteri vel obligasset.

§ 3. *De Evictione quæ non jure facta esset.*

XXII. Si per imprudentiam judicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere. Aut quid refert, sordibus judicis an stultitia res perierit? Injuria enim quæ fit emptori, auctorem non debet contingere (5). *l.* 51. ULP. LIB. 80. AD ED.

Consonat quod rescribit Alexander: Sed et si judicio emptor non adfuit, aut præsens per injuriam judicis victus est absente auctore vel fidejussore; regressum adversus eum non habet. *l.* 8. § 1. *Cod. h. t.*

Pariter Philippus: Si non injuria judicantis, sed juris ratione superatus es; pignus ob Evictionem acceptum solemniter persequi potes. *l.* 15. *Cod. h. t.*

§ 4. *De Evictione quæ contingeret ex facto aut culpa emptoris.*

XXIII. *Talis Evictio stipulationem non committit. Hinc* Si mancipium ita emeris NE PROSTITUATUR, et, quum prostitutum fuisset, ut liberum esset; si contra legem venditionis faciente te ad libertatem pervenerit, tu videris quasi manumisisse: et ideo nullum adversus venditorem habebis regressum. *l.* 34. POMPON. LIB. 27. AD SABIN.

Hinc etiam: Si Duplæ stipulator ex possessore petitor factus, et victus sit (quam rem si possideret, retinere potuerit, peti antem utiliter non poterit): vel ipso Jure promissor Duplæ tutus erit, vel certe Doli mali exceptione se tueri poterit. Sed ita, si culpa vel sponte Duplæ stipulatoris; possessio amissa fuerit. *l.* 29. § 1. POMPON. LIB. 11. AD SABIN.

Generaliter ergo Hoc Jure utimur: ut, si exceptiones ex persona emptoris objectæ obstaut, venditor ei non teneatur; si vero ad personam venditoris respicient, contra. Certe nec Ex empto, nec ex Stipulatione Duplæ nec simplæ actio competit emptori, si exceptio ei ex facto ipsius opposita obstiterit. *l.* 27. POMPON. LIB. 11. AD SABIN.

Sed si ex utriusque persona et auctoris et emptoris exceptiones objicientur; intererit propter quam exceptionem judex contra judicaverit: et sic, aut committetur aut non committetur stipulatio. *l.* 28. ULP. LIB. 80. AD EDICT.

XXIV. *Videtur culpa emptoris contingere Evictio, quoties potuit illam defugere.*

Hinc 1.° Si, quum venditor admonuisset emptorem ut Publiciana potius, vel ea actione quæ de fundo vectigali proposita est, experiretur; emptor id facere supersedit: omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio.

Non idem in Serviana (6) quoque actione probari

(1) Legendum est, *exceperit*. Cujac.

(2) Cujacius legit, *si post annum liberum fore dixi qui post biennium, etc.* Videtur posse retineri lectio vulgata. Vid. Not. seq.

(3) Scilicet, dum ignoraretur conditio, per alterum annum bona fide servivit.

(4) Consonat regula Juris: *Injuriam quæ tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri æquius est.* l. 67. ff. de Fidejuss.

(5) Si is qui mihi vendidit rem cujus possessione sine culpa mea excidi, admonuerit me ut agerem *Publiciana* ad eam recuperandam; in culpa sum, si agere ea actione omisi. At si dixerit mihi, *age Serviana*; quamvis ipse agere potuisset, quia res quam mihi vendidit erat ipsi obligata; non ero in culpa si non egero. Nam hæc *Serviana* mihi non competit: et præterea potest possessor luendo pignus rem retinere; adeoque non sufficeret mihi hæc actio ut rem reciperem.

potest. Hæc enim, etsi In rem actio est, nullam tamen possessionem avocat; et, soluta pecunia venditori dissolvitur : unde fit ut emptori suo nomine non competat. *l.* 66. PAPIN. LIB. 28. QUÆST.

Non videri rem emptori evinci, cui ejus rei nomine Publiciana *actio supersit, docet pariter Julianus in specie sequenti.*

Si servus tuus emerit hominem, et eumdem vendiderit Titio, ejusque nomine Duplam promiserit, et tu a venditore servi stipulatus fueris (1) : si Titius servum petierit (2), et ideo victus sit quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset (3); supererit Publiciana actio; et propter hoc, Duplæ stipulatio ei non committetur. Quare venditor quoque tuus agentem te Ex stipulatu (4) poterit Doli mali exceptione (5) submovere. *l.* 39. § 1. JULIAN. LIB. 57. DIGEST.

Obiter nota : Alias autem si servus hominem emerit, et Duplam stipuletur; deinde eum vendiderit, et ab emptore evictus fuerit : domino quidem adversus venditorem, in solidum competit actio; emptori vero adversus dominum, duntaxat De peculio. *d.* § 1. ¶ *alias.*

2.° Si ideo contra emptorem judicatum est quod defuit, non committitur stipulatio : magis enim propter absentiam victus videtur, quam quod malam causam habuit.

Quid ergo si ille quidem contra quem judicatum est, ad judicium non adfuit; alius autem adfuit, et causam egit? Quid dicemus? Ut puta : acceptum quidem cum pupillo tutore auctore fuit judicium, sed absente pupillo; tutor causam egit, et judicatum est contra tutorem. Quare non dicemus committi stipulationem? Etenim actam esse causam palam est; et satis est, ab eo cui jus agendi fuit, causam esse actam. *l.* 55. ULP. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

XXV. *Cum Evictio quam emptor defugere potest, obligationem Evictionis non committat; hinc Diocletianus et Maximianus rescribunt :* Si obligata prædia venumdedisti, et longi temporis præscriptione solita emptores se tueri possunt; Evictionis periculum timere non potes (6). *l.* 19. *Cod. h. t.*

Similiter Gaius : Qui alienam rem vendidit; post longi temporis præscriptionem vel usucapionem, desinit emptori teneri de Evictione. *l.* 54. GAIUS LIB. 28. AD ED. PROVINC.

Sed et Si quum possit usucapere emptor, non cepit (7); culpa sua hoc fecisse videtur : unde si evictus est servus, non tenetur venditor. *l.* 56. § 3. PAUL. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Contra, etiamsi usucapio secuta sit; Si is qui reipublicæ causa abfuit, fundum petat; utilis possessori pro Evictione competit actio. Item si privatus a milite (8) petat (9); eadem æquitas est emptori restituendæ pro Evictione actionis. *l.* 66. § 1. PAPIN. LIB. 28. QUÆST.

XXVI. *Observandum est, non deputari culpæ si emptor non provocavit.*

Gaia-Seia fundum a Lucio-Titio emerat : et quæstione mota fisci nomine, auctorem laudaverat; et Evictione secuta, fundus ablatus et fisco adjudicatus est venditore præsente. Quæritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire? Herennius-Modestinus respondit, Sive quod alienus fuit cum væniret, sive quod tunc obligatus, evictus est; nihil proponi cur emptrici adversus venditorem actio non competat. *l.* 63. § 1. MODESTIN. LIB. 5. RESPONS.

Hoc ita, quum judex bene judicavit. Contra, vice versa Idem Herennius-Modestinus respondit : Si emptor appellavit, et bonam causam vitio suo ex præscriptione (10) perdidit, ad auctorem reverti non potest. *d. l.* 63. § 2.

XXVII. *Quod diximus, venditorem non teneri de Evictione quam emptor defugere potuit, ita demum obtinet; nisi venditor ipse ejusve heres, aut quivis qui ipse de Evictione tenebatur, evicerit.*

Hinc Vindicantem venditorem rem quam ipse vendidit, exceptione Doli posse summoveri nemini dubium est : quamvis alio jure dominium quæsierit : improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emptor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi (11). *l.* 17. ULP. LIB. 29. AD SABIN.

Sed etsi exceptio (12) omissa sit, aut opposita ea

(1) Duplum Evictionis nomine.

(2) Adversus aliquem extraneum : apud quem esset is servus cujus possessione casu exciderat Titius.

(3) *Servus tuus sine voluntate tua tradendo* Titio servum quem tibi jure potestatis acquisiverat, *non potuit ejus proprietatem* ad Titium quamvis bonæ fidei emptorem *transferre :* adeoque directa rei Vindicatio, quæ soli domino competit, Titio non competebat.

(4) Evictionis nomine quam passus est Titius. Venditor enim ex contractu quem cum servo tuo habuit, tenetur tibi præstare rem non evinci; non solum tibi, sed et iis quibus non evinci tua interest; adeoque ipsi Titio, cui evictionis nomine *De peculio* obligatus es.

(5) Dolo enim facis petendo hanc Evictionem tibi præstari cujus, nomine adversus te agere non potest.

(6) Nam opposita præscriptione potest emptor Evictionem defugere; et, si præscriptionem omiserit, periculo suo eam omittit.

(7) Quia ipsius culpa, possessio ejus interrupta est.

(8) Emptore et possessore.

(9) Actione *Rescissoria;* quia eum, dum militaret et abesset, non potuit convenire; et interim miles usucepit.

(10) Puta, quod passus est labi tempora prosequendæ appellationis.

(11) Quamvis potuisset Evictionem defugere, opponendo exceptionem.

(12) *Doli.*

nihilominus evictus sit; ex Duplæ quoque Stipulatione, vel Ex empto potest conveniri. *l.* 18. PAUL. LIB. 5. AD SABIN.

Sed etsi stipulatio nulla fuisset interposita, de Ex EMPTO actione idem dicemus. *l.* 19. ULP. LIB. 29. AD SABIN.

Idem obtinet quum heres venditoris evicit. Seia fundos Mævianum et Seianum, et cæteros, doti dedit. Eos fundos vir Titius viva Seia, sine controversia possedit. Post mortem deinde Seiæ, Sempronia heres Seiæ quæstionem pro prædii proprietate facere instituit. Quæro, cum Sempronia ipsa sit heres Seiæ, an jure controversiam facere possit? Paulus respondit, Jure quidem proprio, non hereditario, Semproniam quæ Seiæ (de qua quæritur) heres extitit, controversiam fundorum facere posse: sed evictis prædiis eamdem Semproniam heredem Seiæ conveniri posse, vel exceptione Doli mali summoveri posse. *l.* 73. PAUL. LIB. 7. RESPONS.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Heredem fidejussoris, rerum pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum ejus cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit; scilicet Evictionis causa durante actione (1). *l.* 31. *Cod. h. t.*

§ 5. *De denuntiatione venditori ab emptore facienda.*

XXVIII. *Ut evicta res stipulationem Evictionis committat; oportet emptorem controversiam quæ super re empta ipsi facta est; venditori denuntiavisse.*

Ita Alexander. Emptor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit evicto prædio, neque Ex stipulatu, neque Ex Dupla, neque Ex empto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet. *l.* 8. *Cod. h. t.*

Hac de re etiam ita rescribunt Diocletianus et Maximianus. Si parentes vestri mancipia venumdederunt, et quæstio dominii mota est; emptoribus adesse ac defendere causam non prohibemini. Quod si eis hæc etiam evicta sunt; instauratio litis ex persona vestra, si appellationem non interposuistis, contra Jus desideratur. Empti sane judicio pro Evictione si conveniri cœperitis; nec vobis negotium, ut defendatis, denuntiatum probetur; intelligitis quatenus vosmetipsos tueri debeatis. *l.* 20. *Cod. h. t.*

Iidem rescribunt. Si, quum quæstio tibi super eo quem comparaveras moveretur, auctorem tuum certum fecisti; nec citra judicis disceptationem, eum quem emeras, tradidisti; Præses provinciæ in damnis quæ te tolerasse meministi, medelam Juris adhibebit. *l.* 17. *Cod. h. t.*

XXIX. *Enimvero* Si, quum possit emptor auctori denuntiare, non denuntiosset; idemque victus fuisset quoniam parum instructus esset; hoc ipso videtur dolo fecisse, et Ex stipulatu agere non potest. *l.* 53. § 1. PAUL. LIB. 77. AD ED.

XXX. *Hæc autem denuntiatio facienda est, sive tota res evincatur sive pars. Sed et* Si ab emptore ususfructus petatur; perinde is venditori denuntiare debet, atque is a quo pars petitur. *l.* 49. GAIUS LIB. 7. AD ED. PROVINC.

XXXI. *Circa personam cui hæc denuntiatio fieri debet, hæc sunt observanda.*

1.° Pupillo etiam sine tutoris auctoritate posse denuntiari, si tutor non apparet, ex Duplæ Stipulatione, benignius receptum esse Trebatius (2) ait. *l.* 56. § 7. PAUL. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

2.° *Nec solum valet denuntiatio quæ ipsi promissori fit: sed et* Si, præsente promissore qui de Evictione promisit et non ignorante, procuratori, denuntiatum sit; nihilominus promissor tenetur. *d. l.* 56. § 4.

3.° *Quid quum servus vendidit?* Denuntiare vero de Evictione emptor servo, non domino debet: ita enim evicto homine utiliter De peculio agere poterit; sin autem servus decesserit, tunc domino denuntiandum est. *l.* 39. § 1. JULIAN. LIB. 7. DIGEST.

4.° *Venditori denuntiare satis est; nec opus est denuntiare fidejussoribus, ut postea cum his agi possit.*

Hinc Alexander. Auctore laudato, si evicta res est; fidejussorem, etiamsi agi causam ignoraverit, conveniri Evictionis nomine posse non ambigitur. *l.* 7. *Cod. h. t.*

XXXII. Quolibet tempore venditori denuntiari potest, ut de ea re agenda adsit; quia non præfinitur certum tempus in ea stipulatione; dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat. *l.* 29. § 2. POMPON. LIB. 11. AD SABIN.

XXXIII. *Tamen interdum tenetur venditor, quamvis omnino denuntiatum non sit. Nam* 1.° Similì modo tenetur et qui curavit ne sibi denuntiari posset. *sup. d. l.* 56. § 5.

2.° Sed etsi nihil venditore faciente, emptor cognoscere ubi esset non potuit; nihilominus committitur stipulatio. *d. l.* 56. § 6.

Consonat quod ait Ulpianus: Præsenti autem venditori denuntiandum est. Sive autem absit, sive præsens sit et per eum fiat quominus denuntietur, committetur stipulatio. *l.* 55. § 1. ULPIAN. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

3.° *Denique* Herennius-Modestinus respondit, Non obesse ex empto agenti, quod denuntiatio

(1) Quamvis vindicatio huic heredi fidejussoria, ex propria persona competere; tamen cum poterat emptor per exceptionem *Doli* repellere: arg. l. 11. Cod. h. t. et sic Evictionem defugere. Sed si hanc exceptionem (quæ in judiciis *In rem* non suppletur) omisit, et Evictionem passus est; poterit Ex stipulatu *de Evictione* agere adversus hunc fidejussoris heredem: qui, cum ipse evicerit, non poterit objicere emptori, potuisse eum Evictionem defugere.

(2) Nam non tenetur denuntiare nisi quatenus potest: *infra* N. 33.

pro Evictione interposita non esset; si pacto ei remissa esset denuntiandi necessitas. *l.* 63. MODESTIN. LIB. 5. RESPONS.

ARTICULUS III.

Cujus rei Evictio Stipulationem Evictionis committat.

XXXIV. *Stipulatio committitur, quum res de cujus Evictione promissum est, evincitur.*

Nec refert corporalis fuerit an incorporalis, ut puta jus servitutis: igitur Si quis per fundum quem cum alio communem haberet, quasi solus dominus ejus esset, jus eundi agendi mihi vendiderit, et cesserit; tenebitur mihi Evictionis nomine, cæteris non cedentibus (1). *l.* 10. CELSUS LIB. 27. DIGEST.

Item Africanus, Si per alienum fundum mihi viam constitueris, Evictionis nomine te obligari oit. Etenim quo casu si per proprium constituendi fundum concessa esset via, recte constitueretur; eo casu si per alienum concederetur, Evictionis obligationem contrahit. *l.* 46. § 1. AFRICAN. LIB. 6. QUÆST.

XXXV. *Nec etiam interest an tota res evincatur, an ejus pars* (2).

Si tamen res quæ væniisset, esset individua; in qua partes nonnisi per fictionem possunt intelligi; talis partis Evictio stipulationem non committeret, nisi in stipulatione adjecta esset partis mentio.

Hinc In Stipulatione Duplæ, quum homo venditur, partis adjectio necessaria est; quia non potest videri homo evictus, quum pars ejus evicta est. *l.* 56. § 2. PAUL. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

Quum plores fundi specialiter nominatim uno instrumento emptionis interposito vænierint, non utique alter alterius fundus pars videtur esse; sed multi fundi una emptione continentur. Et quemadmodum si quis complura mancipia uno instrumento emptionis interposito vendiderit, Evictionis actio in singula capita mancipiorum spectatur; et sicut aliarum quoque rerum complurium una emptio facta sit, instrumentum quidem emptionis interpositum unum est, Evictionum autem tot actiones sunt quot et species rerum sunt quæ emptione comprehensæ sunt: ita et in proposito non utique prohibebitur emptor, evicto ex his uno fundo, venditorem convenire, quod una cautione emptionis complures fundos mercatus comprehenderit. *l.* 72. CALLISTRAT. LIB. 2. QUÆST.

XXXVI. *Committitur etiam Stipulatio Evictionis, si ususfructus in re empta evincatur.*

Et quidem 1.° *Quamvis res deducto usufructu empta fuerit; si alter ususfructus quam is qui deductus est, vindicatus fuerit; committitur stipulatio.*

V. G. Si fundum in quo ususfructus Titii erat, qui ei relictus est QUOAD VIVET (3), detracto usufructu ignoranti (4) mihi vendideris; et Titius capite diminutus fuerit, et aget Titius Jus SIBI ESSE UTENDI-FRUENDI; competit mihi adversus te ex Stipulatione de Evictione actio; quippe si verum erat quod mihi dixisses in venditione (5), recte negarem Titio jus esse utendi-fruendi. *l.* 62. § 2. CELSUS LIB. 27. DIGEST.

Similiter Qui servum venditum tradit, et dicit usumfructum in eo Seii esse, quum ad Sempronium pertineat; Sempronio usumfructum petente, perinde tenetur ac si in tradendo dixisset, Usumfructus nomine adversus Seium non teneri. Ei si revera Seii ususfructus fuerit; legatus autem ita ut, quum ad Seium pertinere desiisset, Sempronii esset; Sempronio usumfructum petente, tenebitur; Seio agente, recte defugiet. *l.* 39. § 5. JULIAN. LIB. 57. DIGEST.

2.° *Evictionem usufructus in re empta pati is etiam videri potest qui rem habere desiit: ut in specie sequenti:* Fundum cujus ususfructus Attii erat, mihi vendidisti; nec dixisti usumfructum Attii esse. Hunc ego Mævio, detracto usufructu, tradidi. Attio capite minuto, non ad me sed ad proprietatem usumfructum redire oit; neque animo potuisse constitui usumfructum eo tempore quo alienus esset: sed posse me venditorem te De Evictione convenire; quia æquum sit eamdem causam meam esse, quæ futura esset si tunc ususfructus alienus non fuisset. *l.* 46. AFRICANUS LIB. 6. QUÆST.

Hactenus de usufructu.

XXXVII. Quod ad servitutes prædiorum attinet; si tacite secutæ sunt, et vindicentur ab alio: Quintus Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob Evictionem teneri non posse. Nec enim Evictionis nomine quemquam teneri in eo jure quod tacite soleat accedere; nisi, Ut optimus maximusque esset, traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute præstandum. Si vero emptor petat viam vel actum; venditorem teneri non

(1) Scilicet si cæteri *Negatoria* adversus me agentes vicerint, aut ego *Confessoria* agens ab his victus sim. Ratio dubitandi an propter res incorporales posset *De Evictione* agi, hæc esse poterat quia non possideotur: quomodo autem ablatum videri potest, quod non fuit possessum? Ratio decidendi est, quod saltem quasi possidentur: ablatæ autem hæ res satis intelliguntur, quum hanc quasipossessionem amitto; omnirum per judicem prohibeor uti.

(2) Quod accipe de parte homogenea id est, quæ retinet nomen totius; V. G. de aliquo jugere agri venditi: secus de parte heterogenea, ut si tabula aliqua navis venditæ evincatur; ut videb. infra N. 38.

(3) Cujus clausulæ effectus est, ut repetitus videatur quotiescumque Titius eum per capitis diminutionem amiserit; ut vid. infra lib. 33. Tit. *de Usufr. legato.*

(4) *Ignoranti* sub hac clausula esse relictum.

(5) Scilicet si simpliciter fuisset Titio relictus ususfructus.

posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum : tunc enim teneri eum qui ita dixerit. Et vera est Quinti Mucii sententia, ut qui Optimum maximumque fundum tradidit, liberum præstet; non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter accessum (1) sit. *l.* 75. Venuleius lib. 16. Stipul.

XXXVIII. *Non committit etiam* Stipulationem Evictio ejus quod non ipsum vaeniit, sed ex re quæ vaeniit detractum est.*

Hinc V. G. Nave aut domu empta, singula cæmenta vel tabulæ emptæ non intelliguntur; ideoque nec Evictionis nomine obligatur venditor (2), quasi evicta parte. *l.* 36. Paul. lib. 29. ad Ed.

XXXIX. *Non committit etiam stipulationem Evictio ejus quod habetur in fructu aut causa rei venditæ.*

Hinc Si prægnans ancilla vendita et tradita sit; evicto partu, venditor non potest De Evictione conveniri : quia partus venditus non est. *l.* 42. Paul. lib. 53. ad Ed.

Similiter Vaccæ emptor, si vitulus qui post emptionem natus est, evincatur; agere ex Duplæ Stipulatione non potest : quia nec ipsa, nec ususfructus evincitur. Non quod dicimus vitulum fructum esse vaccæ, non jus sed corpus demonstramus; sicuti prædiorum frumenta et vinum fructum recte dicimus, cum constet eadem hæc non recte usumfructum appellari. *l.* 43. Julian. lib. 48. digest.

Hoc ad actionem Ex empto *non trahe.*

Nam Venditor hominis, emptori præstare debet quanti ejus interest hominem venditoris fuisse. Quare sive partus ancillæ, sive hereditas quam servus jussu emptoris adierit, evicta fuerit; agi Ex empto potest : et sicut obligatus est venditor, ut præstet licere habere hominem quem vendidit; ita ea quoque quæ per eum acquiri potuerunt, præstare debet emptori ut habeat. *l.* 8. Julian. lib. 15. digest.

ARTICULUS IV.

Cui oportet rem evictam esse, ut Stipulatio Evictionis committatur.

Committitur Stipulatio Evictionis, non solum quum ipsi emptori res evincitur; sed et quum evincitur successori, cui rem non evinci interest emptoris.

Primum exemplum.

XL. Si pro Evictione fundi quem emit, mulier satis accepisset; et eumdem fundum in dotem dedisset; deinde aliquis eum a marito per judicium abstulisset : potest mulier statim agere adversus fidejussores, emptionis nomine, quasi minorem dotem habere cœpisset; vel etiam nullam, si tantum maritus obtulisset quanti fundus (3) esset. *l.* 22. § 1. Pompon. lib. 1. ex Plaut.

Sed etsi post mortem mulieris evincatur, regressus erit ad Duplæ Stipulationem; quia e. promissione maritus adversus heredes mulieris agere (4) potest, et ipsi Ex stipulatu agere possunt. *l.* 23. Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Obiter nota; Non tamen ei consequens esse ut et, si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus; quamvis æque indotata mulier futura sit. Quoniam quidem, etiamsi verum sit habere ei non licere servum (5); illud tamen verum non sit, judicio eum evictum esse. Ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem. *l.* 24. African. lib. 6. quæst.

XLI. *Et hæc quidem de casu quo mulier rem in dotem dedit. Quid autem quum* Pater filiæ nomine fundum in dotem dedit : Evicto eo, an Ex empto, vel Duplæ Stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur? Non (6) enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest; nec conferre (7) fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio (8). Sed videamus ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem. Interest enim patris filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendæ dotis : utique si in potestate sit. Quod si emancipata est; vix poterit defendi, statim committi stipulationem : cum uno (9) casu ad eum dos regredi

(1) Alias, *expressum:* alias, *adjectum.*

(2) Scilicet ex Stipulatione Duplæ; at tenetur actione *Ex empto :* ut vid. supra lib. 19. Tit. *de Act. Empti.*

(3) Scilicet maritus fundum restituere condemnatus petitori (puta, *Serviana* agenti) vel tantum præstare petitori necesse habuit, ut loeret fundum, quanti fundus est : et hoc casu mulier nullam dotem habet : maritus enim hunc fundum jam non ex causa dotis, sed velut ex empto possidet : vel præstitit minus quam quanti est fundus; et hoc casu mulier adhuc quidem dotem habet, sed eo minorem quanti præstitit maritus. Utroque igitur casu mulieris interest maritum non fuisse passum hanc Evictionem; adeoque ipsa potest agere *De Evictione.*

(4) Finge mortuam in matrimonio mulierem; et virum cui fundus dotalis evictus est, morte mulieris lucratum esse dotem. Adhuc heredum mulieris interest, non esse marito evictum; quia ipsi tenetur marito ex promissione dotis præstare ei habere licere hunc fundum.

(5) In dotem datum, *in specie præsenti;* sicut *fundum,* in superiori.

(6) Ratio dubitandi : videtur patris non interesse fundum evinci, cum ejus esse desierit. *Non enim,* etc.

(7) Adeo verum est fundum quem pater dedit, ejus esse desiisse; ut, si filius emancipatus fundum filiæ suæ in dotem dederit, et postea patri suo heres factus fuerit; fratribus suis in potestate retentis, quibus omnia bona sua conferre tenetur, hunc fundum conferre non tenetur.

(8) Dicit *manente matrimonio.* Nam quum soluto matrimonio ad eum redierit, hunc conferre tenebitur.

(9) *Uno casu;* scilicet quo filia in matrimonio moreretur. Quod si in filia potestate esset, etiam in casu divortii dos ad patrem rediret.

possit. Numquid ergo tunc demum agere possit, quum mortua in matrimonio filia, potoit dotem repetere, si evictus fundus non esset (1) : ao et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, nt statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna (2) affectio iuducit. *l.* 71. PAUL. LIB. 16. QUÆST.

Alterum exemplum.

XLII. Si is qui fundum emerit, et satis de Evictiooe acceperit, et enmdem fundum vendiderit, emptori suo heres extiterit; vel ex contrario emptor venditori (3) heres extiterit, an evicto fundo cum fidejussoribus (4) agere possit, quæritur (5)? Existimo autem utroque casu fidejussores teneri. Quoniam et cum debitor creditori suo heres extiterit, ratio quædam inter heredem et hereditatem ponitur; et intelligitur major hereditas ad debitorem pervenire quasi soluta pecunia quæ debebatur hereditati, et per hoc minus io bonis heredis (6) esse: et ex contrario, quum creditor debitori suo heres extitit; minus in hereditate habere videtur, tanquam ipsa heredi solverit. Sive ergo is qui de Evictione satis acceperat, emptori cui ipse vendiderat, sive emptor veoditori suo, heres extiterit; fidejussores tenebuntur : et, si ad eomdem veoditoris et emptoris hereditas reciderit, agi cum fidejussoribus poterit. *l.* 41. § 2. PAUL. LIB. 2. AD ED. ÆDIL. CURUL.

XLIII. *Contra* Si ei cui vendidi et Duplam promisi, quum ipse (7) eadem stipulatione mihi cavisset, heres extiterim; evicto homine, nulla parte stipulatio committitur. Neque enim mihi evioci videtur, cum veodiderim eum, neque ei cui me promissorem præstarem, quoniam parum commode dicat ipse mihi Duplam præstare debere. (8). *d. l.* 41.

Item Si is qui satis a me de Evictione accepit; fundum a me herede legaverit; confestim fidejussores liberabuntur : quia, etiamsi evictos foerit ab eo cui legatus fuerat, nulla adversus fidejussores actio (9) est. *l.* 40. JULIAN. LIB. 58. DIGEST.

SECTIO II.

De actione quæ ex commissa Evictionis Stipulatione descendit.

ARTICULUS I.

Cui et adversus quem hæc actio competat.

§ 1. *Cui competat.*

XLIV. *Hæc actio competit soli stipulatori, ejusque successoribus universalibus; non vero successori singulari, nisi ei cessa sit.*

Hinc Si res quam a Titio emi, legata sit a me; non potest legatarius cooventus a domino rei, venditori meo denuntiare : nisi cessæ ei fueriut actiones, vel quodam casu hypothecas (10) habeat. *l.* 59. POMPON. LIB. 2. EX PLAUT.

§ 2. *Adversus quem competat hæc actio.*

XLV. *Commissa Stipulatione Evictionis, actio datur adversus eum qui de Evictione spopondit.*

Et quidem si plures in solidum spoponderunt, adversus singulos totius rei nomine hæc actio dabitur. *Cæterum* Si plures mihi in solidum pro Evictione teneantur; deiode post Evictionem cum uno fuero expertus : si agam cum cæteris exceptione (11) me esse repellendum Labeo ait. *l.* 51. § 4. ULP. LIB. 80. AD ED.

(1) Id est, *Numquid ergo tunc* quum filia emancipata est, pater eo *demum* casu quo *filia in matrimonio mortua* est, *agere potest;* quia eo demum casu potuisset dotem repetere si fundus in dotem datus evictos non esset? *An et hoc casu,* quo scilicet filia emaocipata est (quo casu dos uxoris viro superstitis ad patrem non redibit) pater tamen agere possit; quia ipsius *interest filiam* viro superstitem *dotatam habere?*

(2) Videtur interesse patris, etiam propter affectionem. Et hoc interesse sufficit ut agere possit.

(3) Secundo.

(4) Primi venditoris.

(5) Ratio dubitandi hæc erat : quum primus emptor qui revendidit, secundo emptori heres extitit, et ei res evicta est; res huic priori emptori ex persona sua non evicta est, cum eam prius ipse alienasse et revendidisse supponatur : nec videtur ejus interesse ex persona sua quod eam Evictionem hereditario nomine patiatur; cum sibi eo nomine ipse obligatus esse nuo possit. Verum ratio decidendi est, *Quoniam et cum, etc.*

(6) Quum primus emptor secundo heres extitit, eique res evincitur; videtur aditione hereditatis secundi emptoris, sibi taoquam hujus secundi emptoris heredi solvisse ex persona sua id in quod Evictionis uomine huic secundo emptori obligatus erat; adeoque tanto minos in propriis bonis habere : unde sequitur videri interesse ejus rem non esse evictam, ut merito ad auctorem suum possit reverti.

(7) Qui prius mihi eamdem rem vendiderat.

(8) Nec potest dici (ut in superiori specie) videri mea interesse ex propria persona, mihi hereditario nomine habenti rem, eam evictam non esse; quod eo nomine debitor factus sim huic hereditati quam adivi, et cui eam adeundo videor solvisse; adeoque eo minus me in bonis propriis habere. Hæc (inquam) non possunt dici in hac specie : quia, cum defunctus cui vendidi, mihi ipse prior vendidisset, similiterque cavisset; quantum ex hac causa hujus hereditati deberem, tantum hæc hereditas mihi deberet.

(9) Quum certa species legata est, non tenetur heres legatario de ejus Evictione : ut videb. infra ad Titulos *de Legatis.* Mea igitur non interest legatario evinci; adeoque committi jam non potest Stipulatio *De Evictione.*

(10) Id est, si quodam casu, actiones quas ego habebam; ipsi pignori fuerint nexæ. Nam nomina et actiones possunt pignori dari; ut vid. supra lib. 20. Tit. *Quæ res pign.* et is cui pignori datæ sunt actiones, potest eas movere.

(11) *Doli.* Nam *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur* (l. 57. ff. *de R. J.*). Dolo ergo facit, petendo quod jam consecutus est.

Quod si plures, singuli pro suis partibus quas vendiderunt, spoponderint; adversus singulos duntaxat pro partibus quas vendiderunt, si evictæ sint, hæc actio datur.

Hinc Si a me bessem fundi emeris, a Titio trientem; deinde partem dimidiam fundi a te quis petierit; si quidem ex besse quem a me acceperas, semis petitus fuerit; Titius non tenebitur: si vero triens quem Titius tibi tradiderat, et sextans ex besse quem a me acceperas, petitus fuerit; Titius quidem pro triente, ego pro sextante Evictionem tibi præstabimus. *l.* 39. § 2. JULIAN. LIB. 57. DIGEST.

XLVI. *Observandum est, quum Hypothecaria actione totam rem creditor evincit, agi etiam adversus eos ex venditoribus qui pro partibus suis creditori solvissent.*

Ita Papinianus: Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et Evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt. Quum alter pignus pro parte sua liberasset (1), rem creditor evicit: quærebatur an uterque heredem conveniri possit? Idque placebat, propter indivisam (2) pignoris causam.

Nec remedio locus esse videbatur ut per Doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit, præstarentur; quia non duo rei facti proponerentur (3). Sed Familiæ erciscundæ judicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? Cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. *l.* 65. PAPIN. LIB. 8. QUÆST.

XLVII. *Datur etiam hæc actio adversus heredem venditoris qui de Evictione promisit. Et quidem* Si homo liber qui bona fide serviebat, vænierit mihi a Titio; Titiusque eum heredem scripserit quasi liberum; et ipse mihi sui facint controversiam; ipsum de se obligatum habebo. *l.* 19. § 1. ULP. LIB. 29. AD SABIN.

Si ei qui mihi vendidit, plures heredes extiterunt; una de Evictione obligatio est, omnibusque denuntiari et omnes defendere debent. Si de industria non venerint in judicium, unus tamen ex his liti substitit; propter denuntiationis vigorem, et prædictam absentiam, omnibus vincit aut vincitur: recteque cum cæteris agam, quod Evictionis nomine victi sint. *l.* 62. § 1. CELSUS LIB. 27. DIGEST.

ARTICULUS II.

Quid venit in actione De Evictione.

XLVIII. *In hac actione venit Dupla pretii quæ promissa est. Hoc autem non augetur minuiturve ex eo quod rei venditæ post contractum et ante Evictionem accesserat, aut decesserat.*

Hoc videre est in ea specie. Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur; Duplæ Stipulatio pro parte quinta (4), non quarta, præstabitur: nam quod periit, damnum emptori non venditori attulit (5). Si totus fundus quem flumen diminuerat, evictus sit jure; non diminuetur Evictionis obligatio: non magis quam si incuria fundus, aut servus traditus, deterior factus sit. Nam et e contrario non augetur quantitas Evictionis, si res melior fuerit effecta (6). *l.* 64. PAPIN. LIB. QUÆST.

Quod si modo terræ integro qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt; ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit; perinde pars quinta præstabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus quæ tradita sunt, fuissent evicta: quia alluvionis periculum non præstat venditor. *l.* 64. § 1.

Quæsitum est; si mille jugeribus traditis, periissent ducenta; mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur? Dixi, Consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum (7) neque quarta pars debeatur Evictionis nomine; sed perinde (8)

(1) Id est, pro parte sua solvisset id quod pro hujus liberatione solvendum est. Cæterum improprie dicitur *pignus pro parte sua liberasset*: nam pro nulla parte liberationem pignoris parit solutio partis debiti.

(2) Quæ efficit ut nec in parte, quam is qui solvit vendidit, contigerit liberatio.

(3) Nec enim in solidum se obligaverunt, sed unusquisque pro sua hereditaria parte. Unde non solvit nisi quod ipse debet, non solvit pro suo coherede; adeoque non potest desiderare et actio adversus eum sibi cedatur.

(4) Quasi adhuc essent mille; quamvis ob ducenta quæ flumen abstulit, non supersint nisi octingenta.

(5) Si flumen nihil abstulisset, hæc evictio ducentorum pro indiviso, esset evictio quintæ partis fundi venditi; et venditor teneretur pro quinta parte, id est, in duplum quintæ partis pretii. Nunc igitur quamvis octingenta propter casum fluminis supersint, et evictio ducentorum pro indiviso, sit evictio quartæ partis ejus quod superest; tamen venditor non debet teneri pro quarta parte, sed duntaxat pro quinta, id est, in duplum quintæ partis pretii quo vænit fundus. Nec enim debet teneri pro majori parte, quam pro illa pro qua teneretur si flumen nihil abstulisset: alioquin damnum quod flumen dedit, in eum redundaret, quod est contra principia Juris: omne etenim damnum quod post contractum contingit, solum emptorem spectat.

(6) Secus in actione *Ex empto*; ut recte observaverunt Accursius et Cujacius. Ratio disparitatis, quod actio hæc *De Evictione* sit stricti Juris; actio *Ex empto* sit bonæ fidei.

(7) Cur non præstabitur quinta, dicet infra mox: cur non quarta, dixit in principio legis. Vid. Not. seq.

(8) Rationem hic affert cur non debeatur quinta pars. Deberetur quidem, si ex solis octingentis residuis ducenta pro indiviso evincerentur: ut vid. in pp. legis. Verum ex ducentis quæ pro indiviso in hac specie evincuntur, deducenda sunt quadraginta [seu vigesima-quinta pars mille jugerum] quæ portioni quæ accrevit, imputanda sunt: cujus incrementi periculum spectat emptorem. Supersunt igitur centum sexaginta quæ ex octingentis residuis evincuntur: adeoque tenebitur, non pro quinta mille jugerum [id est pro ducentis]; sed duntaxat pro $\frac{4}{25}$ [id est, pro centum sexaginta.

tencatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum.sexaginta fuissent evicta. Nam reliqua quadraginta quæ universo fundo decesserunt, pro rata novæ regionis esse intelligi. *d. l.* 64. § 2.

XLIX. Cæterum quum pro diviso pars aliqua fundi evincitur; tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis præstatur Evictio. *d. l.* 64. § 3.

Interest igitur an pars pro indiviso, an pars divisa evicta fuerit.

Et quidem Sive tota res evincatur, sive pars; habet regressum emptor in venditorem. Sed quum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quaotitate evictæ partis. Quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi; pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est; aut quod fuit in agro vilissimum? Æstimabitur loci qualitas; et sic erit regressus (*l.* 1. Ulp. lib. 28. ad Sabin.): Non in dimidiam quaotitatem pretii. *l.* 14. Ulp. lib. 18. ad Ed.

Bonitatis *autem* æstimationem faciendam, quom pars evincitur, Proculus recte putabat; quæ fuisset venditionis tempore, non quum evinceretur. *l.* 13. Paul. lib. 5. ad Sabin.

Sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum. *l.* 15. Paul. lib. 5. ad Sabin.

Similiter Si ususfructus evincatur; pro bonitate fructuum æstimatio facienda est. *d. l.* 15. § 1.

L. *Diximus, parte pro divisio evicta, fieri æstimationem pro bonitate partis evictæ. Hoc ita, quum fundus uno pretio venniit. Verum* Si fundo tradito pars evincatur; si singula jugera venierint certo pretio, tuoc non pro bonitate, sed quanti singula venierint quæ evicta fuerint, præstandum: etiamsi ea quæ meliora fuerunt, evicta sint. *l.* 53. Paul. lib. 77. ad Ed.

LI. *Quum res evincitur postquam jam evictum fuisset jus aliquod in re; hoc minus venire æquum est in actione* De Evictione *rei quod ex prima Evictione jam præstitum est.*

V. G. Quum fundus Uti optimus maximusque est, emptus est; et alicujos servitutis nomine, aliquid emptor a venditore consecutus est; deinde totus fundus evincitur: ob eam evictionem id præstari debet, quod ex duplo reliquum est. Nam si aliud observabimus; servitutibus aliquibus et mox proprietate evicta, amplius duplo emptor quam quanti emit consequeretur. *l.* 48. Nerat. lib. 6. membran.

LII. *Observandum superest, eum qui condemnatus est, posse hanc Duplam pretii (cum sit vicaria ejus quod emptoris interest) defugere; offerendo rem quæ evicta est, et præterea quidquid interest emptoris. Ita Scævola* Fidejussor Evictionis nomine condemnatus, id prædium quod evictum est omnia præstare paratus est quæ jure Empti continentur: quæro an agentem emptorem exceptione ex causa judicati doli mali summovere potest? Respondit, Exceptionem quidem opponi posse, judicem autem æstimaturum ut pro damnis (1) emptori satisfiat. *l.* 15. *ff. de Dol. et met. except.* Scævola lib. 5. respons.

SECTIO III.

Quando extinguatur Evictionis obligatio.

LIII. *Extinguitur hæc obligatio, quum res desinit posse evinci emptori heredive ejus, aut alteri successori cui emptor sit ipse de Evictione obligatus.*

Hinc 1.° Si servus venditus decesserit, antequam evincatur; stipulatio non committitur: quia nemo eum evincat, sed fatum (2) humanæ sortis. De dolo (3) tamen poterit agi, si dolus intercesserit. *l.* 21. Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Si quis tibi servum vendidit; postquam is rebus humanis exemptus est, cum Evictionis periculum finitum sit, a te conveniri non potest. *l.* 26. *Cod. h. t.*

2.° *Simili ratione* Si quis locum vendiderit, et idem venditor ab herede suo, voluntate emptoris, in eo sepultus fuerit, actio De Evictione intercidit: hoc casu enim emptor proprietatem amittet (4). *l.* 51. § 2. Ulp. lib. 80. ad Ed.

3.° *Inde etiam est quod* Si servum cujus nomine Duplam stipulatus sis, manumiseris; nihil ex stipulatione consequi possis: quia non evincitur quominus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris. *l.* 25. Ulp. lib. 29. ad Sabin.

Sed hoc nomine quod libertum quis non habeat, Ex vendito (5) actionem habet; si scierit venditor alienum se vendere. Sed etsi ex causa fideicommissi emptor coactus fuerit eum manumittere, Ex empto actionem habebit. *l.* 26. Paul. lib. 5. ad Sabin.

4.° *Hine etiam* Si alienam rem mihi tradideris, et eamdem pro derelicto habuero; amitti auctoritatem, id est, actionem pro Evictione, placet (6). *l.* 76. Vanuleius lib. 17. stipulation.

(1) Id est, pro sumptibus litis.

(2) Ita recte legitur in Editione Charondæ. Male alibi factum.

(3) Id est, *Ex Empto* ex causa doli; si sciens venditor rem alienam vendidit.

(4) Porro non potest ei evinci res quam jam ante amisit.

(5) Id est, *Ex Empto-Vendito.*

(6) Nam non potest mihi evinci res, quam jam sponte amisi.

SECTIO IV.

De quadam speciali clausula quæ interdum Stipulationi de Evictione *adjicitur.*

LIV. *Interdum clausula adjicitur, de sumptibus quos emptor in litibus faceret.*

Pertinet autem talis clausula ad eas lites quas inferret tertia persona quæ rem evinceret; non ad illas quas ipse venditor inferret.

Hoc docet Modestinus. Ita ille: Venditores emptori caverant pro Evictione quanti ejus interesset. Sed et specialiter admituros, si in lite mota sumptos fecisset, emptori stipulanti promiserant. Post mortem emptoris, unus ex venditoribus ad judicium vocavit; pretium sibi deberi dicens: heredes ejus [qui] sumptus in defensione causæ factos, cum probarent pretium solutum fuisse, Ex stipulatione petebant. Modestinus respondit, Si in eas impensas venditores promiserunt, quæ ob litem de proprietate institutam factæ essent; minime Ex stipulatu peti posse quod erogatum est: dum alter ex venditoribus, pretium quod jam fuerat exsolutum, petit. *l.* 102. *ff. de Verb. oblig.* MODEST. LIB. 5. RESPONS.

TERTIA PARS.

De Stipulationibus quæ de noxis vitiisve mancipii aut animalis venditi interponuntur.

§ 1. *Quo fine interponantur hæ Stipulationes.*

LV. *Supra vidimus Tit.* de Ædilitio Edicto, *interponendas esse stipulationes de his vitiis mancipiorum de quibus Edicto Ædilium cavetur.*

Dubitatum tamen an jure utiliter quis stipulari possit ea aliave vitia abesse. Ratio dubitandi petitur ex certissima illa Juris regula: VERUM EST neque pacta, neque stipulationes factum posse tollere. Quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi ut utilem actionem aut factum (1) efficere possit. *l.* 31. *de Reg. Jur.* ULP. LIB. 42. AD SABIN.

Hinc Si ita quis stipulanti spondeat, SANUM ESSE, FUREM NON ESSE, VISPELLIONEM (2) NON ESSE, et cætera; inutilis stipulatio quibusdam videtur: quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur; si non est, frustra est.

Sed ego puto verius, hanc stipulationem, FUREM NON ESSE, VISPELLIONEM NON ESSE, SANUM ESSE, utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si quid horum fuerit adjectum, PRÆSTARI; molto magis valere stipulationem. Alioquin stipulatio quæ ab Ædilibus proponitur, inutilis erit: quod utique nemo sanus probabit. *l.* 31. ULP. LIB. 42. AD SABIN.

§ 2. *De Stipulatione* Furtis noxisque solutum esse *mancipium.*

LVI. *Hæc quæ in mancipiorum venditionibus usitatissima est stipulatio, committitur non solum quum emptor qui hoc stipulatus est ejusve heres præstare quid alicui ex hac causa necesse habuit: verum etiam* Si emptori qui stipulatus sit FURTIS NOXISQUE SOLUTUM ESSE, heres extiterit is qui servus furtum fecerit; incipit is Ex stipulatu actionem habere, quemadmodum si ipse alii præstitisset. *l.* 30. POMPON. LIB. 29. AD SABIN.

Cæterum hac stipulatione hoc tantum promittitur, mancipium nemini ob aliquam causam esse obligatum; non vero promittitur, non esse hujus propositi ut noceat.

Enimvero Aliud est promittere, FUREM NON ESSE; aliud, FURTO NOXAQUE SOLUTUM. Qui enim dicit furem non esse, de hominis proposito loquitur: qui furtis noxaque solutum, nemini esse Furti obligatum promittit. *l.* 174. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 42. AD SABIN.

Denique Hæc stipulatio NOXIS SOLUTUM PRÆSTARI, non existimatur ad eas noxas pertinere quæ publicam exercitionem et coercitionem capitalem habent. *l.* 200. *ff. de Verb. signif.* JUL. LIB. 2. DIGEST.

Hinc Paulus respondit: Ex his verbis stipulationis Duplæ vel simplæ, eum hominem de quo agitur NOXÆ ESSE SOLUTUM, venditorem conveniri non posse propter eas noxas quæ publice coerceri solent (3). *l.* 11. § 1. PAUL. LIB. 2. RESP.

§ 3. *De Stipulationibus circa vitia animalium.*

LVII. *Ut de vitiis mancipiorum, ita et de vitiis animalium stipulationes debent interponi. Puta* Animalium quoque venditor cavere debet, EA SANA

(1) Id est, pactum utile non efficiet: et ex tali stipulatione aut pacto, nec actio, nec exceptio nascetur.

(2) *Vispellionem* Rævardus interpretatur, eum servum qui in ea causa est ut ad libertatem perduci non possit: Alias, *Vespertilionem.*

(3) Verum ex alia Edicti parte tenebitur; de qua supra Tit. *de Ædil. Ed.* N. 33.

PRÆSTARI : et qui jumenta vendidit, solet ita promittere; ESSE (1), BIBERE, UT OPORTET. *l.* 11. § 4. *ff. de Act. Empti.* ULP. LIB. 32. AD ED.

§ 4. *An actio ex his Stipulationibus competat emptori qui non ignoravit vitia rei venditæ.*

LVIII. *Actionem ex his Stipulationibus competere, etsi emptor sciverit non abesse ea vitia quæ venditor promisit abesse ; ita* Labeo scribit, Si quis fugitivum esse sciens emerit servum, et sic (2) stipulatus fuerit FUGITIVUM NON ESSE; deinde agat Ex stipulatu : non esse eum exceptione repellendum, quoniam hoc convenit; quamvis Ex empto actionem non haberet. Sed si non convenisset, exceptione repelletur. *l.* 4. § 5. *ff. de Dol. et met. except.* ULP. LIB. 76. AD ED.

(1) Id est, manducare.

(2) Ita legendum videtur. Vulgo *etsi.*

QUARTA PARS.

De Stipulatione Vacuam possessionem tradi.

LIX. *Solet etiam in contractu emptionis-venditionis antequam res tradita fuerit, interponi stipulatio* VACUAM POSSESSIONEM TRADI.

De hac ita Pomponius scribit. Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et Ex stipulatu agat; fructus non venient in eam actionem : quia et qui FUNDUM DARI stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur; nec tamen fructuum præstatio ea stipulatione continetur, neque rursus plus (1) debet esse in stipulatione : sed Ex empto superesse ad fructuum præstationem. *l.* 3. § 1. *ff. de Act. Empti.* POMPON. LIB. 9. AD SABIN.

Ita Pomponius. Ulpianus autem ait : Si quis VACUAM POSSESSIONEM TRADI promiserit; non nudum factum (2) hæc stipulatio contiebit, sed causam bonorum (3). *l.* 52. § 1. *ff. de Verb. oblig.* ULP. LIB. 7. DISPUT.

Apertius adhuc Papinianus. Si stipulatus sis REM DARI, VACUAMQUE POSSESSIONEM TRADI ; fructus postea captos actione Incerti Ex stipulatu propter inferiora verba (4) consecuturum te, ratio suadet (5).

An idem de partu ancillæ responderi possit, considerandum est? Nam quod ad verba superiora (6) pertinet, sive factum (7) rei promittendi, sive effectum per traditionem dominii transferendi continent; partus non continetur. Verum si emptor a venditore novandi animo (8) ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur; quia non est verisimile plus venditorem promisisse quam judicio Empti præstare compelleretur (9). Sed tamen propter illa verba VACUAMQUE POSSESSIONEM TRADI, potest dici partus quoque ratione committi Incerti stipulatione : etenim (10) ancilla tradita, partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset. *l.* 4. *ff. de Usuris.* PAPIN. LIB. 27. QUÆST.

LX. *Illud patet, non posse videri hac stipulatione contineri nisi eos fructus qui postea percipien-*

(1) Quasi diceret : hæc stipulatio quæ ex causa emptionis interponitur, est Prætoria; adeoque certam habet formulam quæ non potest a contrahentibus immutari : ut videb. infra lib. 46. Tit. *de Prætor. stipulat.*

(2) Traditionis.

(3) Id est, omnem utilitatem quam stipulator habuisset si statim traditio intercessisset ; adeoque fructus et omnem causam.

(4) *Vacuam possessionem tradi.*

(5) Nam [ut Græci notant] his verbis emptor stipulari videtur ut ex quo stipulatus est, rei possessio videatur venditori vacasse; et consequenter ut nulli fructus, nulla causa apud eum maneat.

Accursius, Bartholus, et Donellus, Papinianum Pomponio sic conciliant ut dicant ; fructus stipulatione non contineri, quum quis stipulatus est duntaxat *rem dari*, aut duntaxat *vacuam possessionem tradi* : quum autem hæc geminavit ita, *rem dari, vacuam possessionem tradi*; fructus contineri stipulatione, et stipulatorem videri hoc animo hæc bis inculcasse. Parum placet hæc conciliatio. Ait enim Papinianus fructus deberi *propter inferiora verba* : ergo non propter geminatas phrases. Tamen hanc conciliationem Cujacius ad sup. d. l. 3. § 1. ff. *de Action. Empti*, videtur non improbare : verum in suis Commentariis ad Papinian. ad h. l. 4. ff. *de Usur.* eam conciliationem improbat. Duarenus ad Tit. ff. *de Naut. Fen.* cap. 5. sic conciliat, ut dicat Pomponium intelligendum esse duntaxat de fructibus medio tempore perceptis, post venditionem, et ante stipulationem. Alii alias conciliationes afferunt; ut Goëddeus in l. 73. ff. de *V. S.* Costallinus, et alii quidam. Denique alii, ut Molinæus, Hotomannus, et ipse Cujacius, veram antinomiam agnoscunt.

(6) Id est, *rem tradi.*

(7) Traditionem.

(8) Animo novandæ obligationis *Ex empto*, et eam transfundendæ in obligationem *Ex stipulatu.*

(9) Atqui ex obligatione *Empti* non tenebatur ad dominium transferendum, sed tantum ad tradendam vacuam possessionem.

(10) Nam hæc verba, *vacuam possessionem tradi*, videntur continere omnem causam rei. Porro partus est causa rei; est utilitas quam emptor habuisset, si statim res ipsi fuisset tradita.

tur. Verum supererit actio Ex empto *propter illos fructus qui ante hanc interpositam stipulationem post contractam emptionem percepti sunt; nec videbitur quoad hanc causam, stipulatio obligationem* Ex empto *novasse.*

Hinc Papinianus: Si post contractam emptionem, aote interpositam stipolationem, partus editus, aut aliquid per servum veoditori acquisitum est; quod ex stipolatu consequi non poterit, judicio Empti coosequitor: id enim qood non transfertur (1) io causam novationis, jure pristioo peti potest. *d. l.* 4. § 1. *ff. de Usuris.*

(1) Hoc videtur duntaxat actum ut obligatio rei tradendæ in causam stipulationis transferretur. De obligatione fructuum qui hactenus percepti sunt restituendorum non videtur actum; adeoque obligatio *Empti* quoad hanc causam novata non est: ergo ex hac pristina causa agi potest.

TITULUS III.

DE EXCEPTIONE REI VENDITÆ ET TRADITÆ.

Obligatio *empti non solum parit actionem* Empti *de qua supra egimus libro* 19. *Parit etiam Exceptionem qua emptor eum qui hac obligatione tenetur repellat, si rem vindicet. Videndum quibus et adversus quos competat hæc Exceptio.*

§ 1. *Quibus hæc Exceptio competat.*

I. *Hæc Exceptio competit ei cui ex causa emptionis res tradita est.*

Quinetiam Si qois rem emerit, oon autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine (1) vitio fuerit nactus; habet Exceptionem cootra veoditorem: nisi forte venditor justam caosam habeat cur rem vindicet. Nam etsi tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa (2) vindicanti; replicatione adversus Exceptiooem utetur. *l.* 1. § 5. Ulp. lib. 76. ad Ed.

II. Exceptio rei venditæ et traditæ non taotum ei cui res tradita est, sed successoribus non etiam ejus, et emptori secundo etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest (3) eoim emptoris primi, secundo rem oon evioci. *l.* 3. Hermogenian. lib. 6. juris epitom.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Emptori etiam venditoris jora prodesse non ambigitur. Si igitor vobis propter rei proprietatem mota fuerit quæstio; tam propriis quam venditoris defensionibus uti poteritis. *l.* 28. *Cod. de Evict.*

III. *Ex contractu quem quis in servitute fecit, hanc Exceptionem ei manumisso non competere palam est. Verum ad hujus instar, Exceptio* In factum *dari poterit; si peculium ei fuerit concessum.*

Hoc docet Ulpianus. Ita ille: Si servus merces peculiariter emerit, deinde dominus eum priusquam proprietatem rerum nancisceretur, testamento liberum esse jusserit, eiqoe pecolium prælegaverit; et venditor a servo merces petere cœperit: Exceptio In factum (4) locum habebit, qoia is tunc servos fuisset quùm contraxisset (5). *l.* 1. § 4. Ulp. lib. 76. ad Ed.

§ 2. *Adversus quos hæc Exceptio competat.*

IV. *Exceptio* Rei veoditæ *adversus venditorem competit.*

Et quidem Jure veteri erat utilis, si venditor rem Mancipi *quam vendiderat, tradidisset citra solemnitates ad transferendum civile dominium requisitas; puta, citra Mancipationem aut in Jure cessionem. Cum enim hoc casu dominium civile seu Quiritarium penes venditorem maneret; rei vindicatio ei competebat, quæ per hanc Exceptionem erat excludenda.*

Maxime autem utilis erat, et hodie adhuc utilis est, si venditor nondum erat dominus quum rem traderet. Hoc casu Marcellus scribit, Si alieoom fuodum vendideris, et tuom postea factom petas;

(1) Non vi, non clam, non precario. Nam adversus agentem his Interdictis, non prodesset.

(2) Puta; si non fuerit solutum pretium: pro cujus solutione fidem emptoris non fuerit secutus.

(3) Porro vidimus supra lib. 2. Tit. *de Pact.* exceptiones ex conventionibus descendentes, competere ei qui non contraxit aut non pactus est; si ei hanc exceptionem prodesse intersit ejus qui pactus est aut contraxit. Vid. d. tit. N. 50.

(4) Non exceptio directa et ex subtilitate Juris; sed exceptio *In factum* quæ ex æquitate accommodatur: *quia is, etc.*

(5) Ex contractu autem quem quis in servitute fecit, nullum jus ipsi acquiri potest; quia tunc non habebant personam.

hac te Exceptione recte repellendum. *l.* 1. ULP. LIB. 76. AD ED.

Ratio est evidens ; si quidem, etsi hunc possideres, recte agerem adversus te ut eum mihi traderes. Nam Si quis alienam rem vendiderit, et medio tempore heres domino rei extiterit; cogetur implere venditionem. *l.* 46. *ff. de Act. Empti.* PAUL. LIB. 24. QUÆST.

A fortiori igitur ego emptor debeo habere actionem adversus te ; juxta regulam Juris : Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis qui dixerit. *l.* 156. § 1. *de Reg. Jur.* ULP. LIB. 70. AD ED.

V. *Non solum qui proprio, sed et qui procuratorio duntaxat nomine vendiderit, hac Exceptione repellitur.*

V. G. Servum Titii eum emi ab alio bona fide, et possideo. Mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius (1) mandatu. Quum forte is cui heres extiterit, eum emisset (2); de jure evictionis, et mandato quæsitum est? Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori; neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam : et idcirco Mandati eum non teneri (3), sed contraria Mandati agere posse, si quid ejus interfuisset; quia forte venditurus non fuerit. *l.* 49. *ff. Mand.* MARCELL. LIB. 6. DIGEST.

VI. *Sed et is cujus mandato alter vendidit, pariter repellitur. Hinc statim subjicit Marcellus :* Contra (4) mandator si rem ab eo vindicare velit, Exceptione Doli submovetur (5); et adversus venditorem testatoris sui, habet Ex empto jure hereditariam actionem (6). *d. l.* 49.

Similiter Ulpianus : Si quis rem meam mandatu meo vendiderit; vindicanti mihi rem venditam, nocebit hæc Exceptio : nisi probetur me mandasse (7) ne traderetur antequam pretium solvatur. *l.* 1. § 2. ULP. LIB. 76. AD ED.

Quod si deteriori conditione quam jusseram aut mandaveram, res mea vendita esset ; non aliter mihi opponi Exceptio posset, quam si indemnitas mihi præstaretur. Et hoc valde observandum.

V. G. Item si mandavero tibi ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, et petam fundum; non obstabit mihi Exceptio, nisi et reliquum mihi quod deest mandatu meo præstes, et indemnem me per omnia conserves. *l.* 5. § 3. *ff. Mandati.* PAUL. LIB. 32. AD ED.

Servo quoque dominus si præceperit certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit; similiter vindicare eam dominus potest, nec ulla Exceptione summoveri, nisi indemnitas ei præstetur. *d. l.* 5. §. 4.

Sic accipe quod Celsus ait : Si quis rem meam vendidit minoris quam ei mandavi, non videtur alienata; et si petam eam, non obstabit mihi hæc Exceptio. Quod verum est. *d. l.* 1. § 3.

VII. *Vidimus ipsi venditori Exceptionem hanc nocere.* Sed et, si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum. *d. l.* 1. § 1.

Pari ratione, venditoris etiam successoribus nocebit; sive in universum jus, sive in eam duntaxat rem successerint. *l.* 3. § 1. HERMOGENIAN. LIB. 6. JURIS EPITOMAT.

Et quidem de successore in universum jus, ita rescribit Gordianus. Sive possessio venditoris fuit, filius ejusdemque patris heres frustra quæstionem movet : sive non patris sed filii ejus possessio fuit de qua jure hereditario auctor laudari potest, controversiam movere non potest. *l.* 14. *Cod. de Evict.*

Similiter Diocletianus et Maximianus. Cum a matre domum filii te sciente comparasse proponas; adversus eum dominum vindicantem, si matri non successit, nulla te Exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem; doli mali Exceptione, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis. *l.* 14. *Cod. de Rei vindic.*

Consonat quod iidem rescribunt. Si fundum tuum pater post emancipationem te non consentiente venumdedit, neque ei successisti, neque possidens longi temporis præscriptione munitus est; tibi agenti eum Rector provinciæ reddi efficiet. *l.* 5. *Cod. de Reb. alien. non alienand.*

Sed et successorem singularem Exceptione repelli, ita docet Ulpianus. Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto; deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eumdem fundum Mævio vendiderit, et tradiderit : Julianus ait, Æquius esse Prætorem te tueri : Quia etsi ipse Titius fundum a te peteret, Exceptione IN FACTUM comparata, vel Doli mali summoveretur : et si ipse eum possideret; et Publiciana peteres, adversus excipientem SI NON SUUS ESSET, replicatione (8) utereris; ac per hoc intelligeret eum fundum rursus vendidisse, quem in

(1) Titii domini.

(2) A suo domino. Possidebat scilicet Titius jure hereditario, ex causa hujus emptionis, hunc servum qui aliunde suus erat.

(3) Erga me qui mandavi ei ut venderet; cum non meam rem, sed suam vendiderit.

(4) Redit ad alterum casum quo Titius dominus mandavit mihi ut venderem.

(5) Quia venditus est servus voluntate ejus, utpote qui mandaverit eum vendi.

(6) Quia ex causa emptionis factæ testatori a quo heres scriptus est, non licuit ei habere servum qui aliunde servus ejus erat.

(7) Quo casu utiliter vindicabo, et Exceptionem *Rei a me Venditæ* excludam per replicationem quod pretium solutum non sit, nec fides de pretio habita. Non pugnat hæc lex cum l. 14. ff. *de Publician. act.* [supra lib. 6. d. tit. N. 20.] ubi dicitur eum qui voluntate mea emit, licet me vetante res ei tradita fuerit, tuendum esse, sive petat sive ab eo petatur. Illa enim lex accipienda de casu quo emptor ille pretium voluntate mea solvisse, aut paratus esset solvere.

(8) *Si non eum mihi vendidisti.*

bonis non haberet (1). *l.* 4. § 32. *ff. de Dol. et met. except.* ULP. LIB. 76. AD ED.

VIII. *Non solum venditor et ejus successores, sed quisquis auctor re evicta laudari posset, hac Exceptione tenetur. Hinc Gordianus rescribit:* Si ob causam judicati pignora capta sunt ex ejus auctoritate cui præcipiendi jus fuit; eaque de quibus complecteris (2) tu mercatus es: frustra ab ea quæ condemnata est, vel quæ in ejus locum successit, eorum refertur quæstio: quandoquidem, etsi evictio eorum ab alio subsecuta fuisset; adversus eos debuisse dari actionem quibus pretii solutio proficit, rectissime responsum est. *l.* 13. *Cod. de Evict.*

Auctoris autem fidejussores hac Exceptione quidem non tenentur, sed Exceptione Doli repelluntur. Sic enim rescribit Alexander: Exceptione Doli recte eum summovebis quem ab auctore tuo fidejussorem accepisti, si ejus nomine controversiam refert quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit: qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit (3). *l.* 11. *Cod. d. tit.*

(1) Sensus est: intelligeret Titius per hanc replicationem, se eum fundum in bonis non habuisse, quum eum jam tibi a se venditum, ipse rursus vendidit Mævio. Quamvis enim Titius eo tempore quo rursus fundum vendidit Mævio, esset jam hujus fundi dominus ex subtilitate Juris, utpote domino heres factus; tamen revera et effectu eum fundum in bonis non habuisse intelligitur. Neque enim vere rem in bonis habet, is qui eam efficaciter vindicare non potest; et a quo quum eam possidet, potest vindicari.

(2) Id est, quæ in libello tuo complexus es.

(3) Idem dic de fidejussoris herede. Nec obstat lex 21. Cod. *de Evict.* quam Cujacius recte docet accipiendam de eo casu quo emptor omittit exceptionem *Doli*. Hanc vide supra d. tit. *de Evict.* N. 27. in fine.

LIBER VIGESIMUS-SECUNDUS.

TITULUS I.

DE USURIS, ET FRUCTIBUS, ET CAUSIS, ET OMNIBUS ACCESSIONIBUS, ET MORA.

HABITA *sæpissime mentio Accessionum, in judiciis quæ ex contractibus descendunt, desiderabat ut hic subjiceretur tractatio* DE ACCESSIONIBUS. *Cum autem plerumque ex die moræ ratio accessionum habeatur; simul tractatur* DE MORA.

I. ACCESSIO *latissime patet; et est omnis appendix et sequela rei.*

Accessionum species sunt, Usura, Fructus et Causa.

USURA *est accessio quantitatis debitæ.*

CAUSA *est omnis utilitas circa rem emergens.*

FRUCTUS *est quod ex re nascitur et renasci solet. Hinc sequitur quod* Usura pecuniæ quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est; id est, nova obligatione (1). *l.* 121. *ff. de Verb. signif.* POMPON. LIB. 6. AD Q. MUCIUM.

Hinc pariter proprie fructus non est, merces quæ pro locatione alicujus rei percipitur.

Tamen hæc improprie pro fructibus accipiuntur. Sic V. G. Prædiorum urbanorum pensiones, pro fructibus accipiuntur. *l.* 36. ULP. LIB. 61. AD ED.

II. *Hæc quæ pro fructibus accipiuntur, vulgo appellantur* FRUCTUS CIVILES.

Fructus autem proprie dicti, dividuntur in industriales et naturales.

INDUSTRIALES *sunt illi ad quos producendos cultura opus est; ut segetes.*

NATURALES *sunt quos res ultro fert; ut fenum pratorum. Nam* Pratum est in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est; ex eo dictum quod paratum (2) sit ad fructum capiendum. *l.* 31. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 18. AD ED.

De Fructibus et Causis, prima Parte agemus; secunda de Usuris; tertia de Mora.

(1) Cur non addit, *vel ex officio Judicis?* An quod tempore Pomponii nondum aliæ usuræ in usu erant quam conventionales? ut censet D. Noodt. Vid. Not. ad l. 32. § 2. infra Part. 2. art. 2. § 1.

(2) Suapte natura citra culturam.

PRIMA PARS.

De Fructibus et Causis.

Circa Fructus et rei Causas quæri potest, Ex quo tempore, et in quod tempus eorum ratio habeatur in variis judiciis; necnon quomodo æstimentur.

SECTIO I.

An et ex quo tempore debeantur in diversis judiciis, Fructus et Causa.

ARTICULUS I.

Ex quo tempore debeantur in judiciis IN REM.

Quum quæritur ex quo Fructuum et Causæ ratio habeatur in judiciis IN REM; *valde interest, bonæ an malæ fidei fuerit possessor. Item videndum in quarum rerum petitione Fructus restitui debeant, et qui Fructus.*

§ 1. *De casu quo possessor est bonæ fidei in judiciis* IN REM.

III. *Cum Fructuum dominium, ipsius rei dominium regulariter sequatur; possessor autem bonæ fidei, quandiu dominus non apparet, ipse pro domino rei habeatur: hinc est quod Fructus eum sequi debent, nec interest an ipse an alius eos severit aut perceperit.*

Ita Ulpianus: In alieno fundo quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevit. An Titius bonæ fidei emptor perceptos Fructus suos faciat? Respondi, Quod [ad] Fructus qui ex fundo percipiuntur, intelligi debet propius ea accedere quæ

servi operis suis acquirunt (1): quoniam IN PERCIPIENDIS FRUCTIBUS MAGIS CORPORIS JUS EX QUO PERCIPIUNTUR QUAM SEMINIS EX QUO ORIUNTUR, ASPICITUR. Et ideo nemo unquam dubitavit quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Porro bonæ fidei possessor in percipiendis Fructibus id juris habet, quod dominis prædiorum tributum est. Præterea cum ad fructuarium pertineant Fructus a quolibet sati; quanto magis hoc in bonæ fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis Fructibus habent? Cum fructuarii quidem non fiant antequam ab eo percipiantur, ad bonæ fidei autem possessorem pertineant quoquo modo a solo separati fuerint: sicut ejus qui vectigalem fundum habet, Fructus fiunt simul atque solo separati sunt. *l.* 25. § 1. JULIAN. LIB. 7. DIGEST.

Nec solum industriales Fructus suos facit bonæ fidei possessor, sed et naturales. V. G. Et ovium fœtus in fructu sunt: et ideo ad bonæ fidei emptorem pertinent: etiamsi prægnantes vænierint vel subreptæ sint. Et sane, quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus vænierint, dubitari non potest. Idemque in lana Juris est. *l.* 48. § 2. *ff. de Acquir. rer. domin.* PAUL. LIB. 7. AD PLAUT.

IV. *Quemadmodum autem bonæ fidei possessor rei quam possidet, non aliter dominus videtur, quam* INTERIM *donec verus dominus eam reposcat; ita interim duntaxat Fructus suos facit.*

Hoc significat Paulus. Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo Fructus ex aliena re suos INTERIM facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes (2): quia quod ad Fructus attinet, loco domini pene est. Denique etiam priusquam percipiam, statim ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fiunt. Nec interest ea res quam bona fide emi, longo tempore capi possit; necne: veluti si pupilli (3) sit, aut vi possessa, aut Præsidi contra Legem Repetundarum donata, ab eoque abalienata sit bonæ fidei emptori (4). *d. l.* 48.

Domino autem rem suam vindicanti extantes (5) *et nondum usucaptos restituere tenebitur: ut vid. supra lib.* 6. *Tit.* de Rei vindic.

§ 2. *De casu quo possessor est malæ fidei in judiciis* IN REM.

V. *Malæ fidei possessor, nec ante nec post litem contestatam Fructus suos facit; a quocumque sati fuerint.*

Et hoc obtinet, etiam quum socius partem socii sui mala fide possidet. Enimvero Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, Fructus quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio, non majore ex parte suos facit quam ex qua dominus prædii est. Nec refert, ipse, an socius, an uterque eos severit: quia OMNIS FRUCTUS, NON JURE SEMINIS SED JURE SOLI PERCIPITUR. Et quemadmodum si totum fundum alienum qui sciens possideat, nulla ex parte Fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint; ita qui communem fundum possidet, non faciet suos Fructus pro ea parte qua fundus ad socium ejus pertinebit. *l.* 25. JULIAN. LIB. 7. DIGEST.

VI. *Et quidem hac in re etiam is qui ab initio bonæ fidei possessor fuit, ex quo scientia rei alienæ supervenit, pro malæ fidei possessore habetur.*

Hoc docet Paulus. Ita ille: In contrarium quæritur: Si eo tempore quo mihi res traditur, putem vendentis esse; deinde cognovero alienam esse: quia (6) perseverat per longum tempus capio, an Fructus meos faciam? Pomponius, Verendum ne non sit bonæ fidei possessor, quamvis capiat (7): hoc enim ad jus (id est, capionem); illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat. Nec contrarium est, quod longum tempus currit: nam e contrario is qui non potest capere propter rei vitium (8), Fructus suos facit. *l.* 48.

(1) Forte ita legendum: *Quod Fructus ...... intelligi debent propius ad ea accedere quæ, etc.* Sensus est: idem dicendum de fructibus ac de operis. Nam et in fructu sunt operæ servi; et quidquid ex operis servus acquirit, indistincte acquirit bonæ fidei possessori: pariter igitur fructus fundi debent indistincte acquiri bonæ fidei possessori fundi: nec refert a quo sati fuerint fructus; *quoniam, etc.*

(2) Perperam objicitur lex 45. h. t. Vid. solutionem infra lib. 24. Tit. *de Donat. inter vir. et uxor.* ad quem illa lex pertinet. Non obstat etiam quod in Instit. Tit. *de Rer. divis.* § 35. Fructus dicuntur fieri bonæ fidei possessoris *Pro cultura et cura*; hæc enim ratio [omissa punctuali ratione quam attulimus, et quæ omnes Fructus complectitur] ex abundanti affertur, ad confirmandum jus possessoris bonæ fidei circa Fructus qui ex ejus cultura profecti sunt, non ad excludendum illum a cæteris Fructibus. Adde quod etiam Fructus naturales plerique, V. G. fœtus pecudum, non sine aliqua possessoris cura percipiuntur.

(3) Basilica verterunt, *Si populi sit.* Utraque lectio admitti potest.

(4) Quamvis enim eæ res non possint usucapi [ut videb. infra lib. 41. Tit. *de Usucap.*] tamen earum fructus suos facit bonæ fidei possessor.

(5) De consumptis non tenetur bonæ fidei possessor. Nam ex natura actionis *In rem* est, ut possessor teneatur quatenus demum possidet, aut dolo desiit possidere: possessor autem bonæ fidei, non possidet Fructus quos consumpsit; nec dolo fecit consumendo illos quos suos esse existimabat, imo qui *interim* sui erant donec dominus reposceret.

(6) Hæc erat ratio dubitandi.

(7) Id est, *Verendum ne* is in quo mala fides supervenit, *non sit* quantum ad causam lucrandorum fructuum *bonæ fidei possessor; quamvis* talis videatur quantum ad facultatem usucapiendi. In causa enim usucapionis, solum possessionis initium spectatur; nec nocet mala fides superveniens. Hæc poterat esse ratio dubitandi: ad quam respondetur non valere argumentum a causa usucapionis ad causam lucrandorum fructuum.

(8) Puta, quod sit furtiva aut vi possessa. Vid. supra N. 5. in fine.

§ 1. *ff. de Acquir. rer. domin.* Paul. lib. 1. ad Plaut.

Quod docuimus, bonæ fidei possessorem in quo mala fides supervenerit Fructus suos non facere, accipiendum est inspecto casu quo dominus ante usucapionem, completam rem suam reposceret: tunc enim tenetur de iis quos consumpsit ex quo malam fidem habuit.

Inspecto autem casu contrario, dicitur eos suos facere. Sic accipe quod ait Julianus: Bonæ fidei emptor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse. An perceptione Fructus suos faciat, quæritur? Respondi: Bonæ fidei emptor, quod ad percipiendos Fructus, intelligi debet quandiu evictus fundus non fuerit. Nam et servus alienus quem bona fide emero; tandiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquiret, quandiu a me evictus non fuerit. *sup. d. l.* 25. § 2.

Observandum etiam est, bonæ fidei possessorem, post litem contestatam instar possessoris malæ fidei haberi: ut supra vid. lib. 6. Tit. de Rei vindic.

§ 3. *In quarum rerum petitione Fructus restituendi veniant, et qui fructus.*

VII. Videamus an in omnibus rebus petitis, in Fructus quoque condemnatur possessor? Quid enim si argentum aut vestimentum, aliamve similem rem: quid præterea si usumfructum, aut nudam proprietatem, cum alienus usufructus sit, petierit? Neque enim nudæ proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intelligi potest: neque usufructus rursus fructus eleganter computabitur (1). Quid igitur si nuda proprietas petita sit? Ex quo perdiderit fructuarius usumfructum, æstimabuntur in petitione fructus. Item si usufructus petitus sit; Proculus ait, in fructus perceptos condemnari. Præterea Gallus-Ælius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint; in fructu hæc numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit. *l.* 19. Gaius lib. ad L. XII. Tab.

Iter quoque et actus si petitus sit, vix est ut Fructus ulli possit æstimari; nisi si quis commodum in Fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor si statim eo tempore quo petiisset, ire agere non prohiberetur. Quod admittendum est. *d. l.* 19. § 1.

Utilitas autem ex venatione proficiscens regulariter non attenditur.

Enimvero Minicius Venationem, Fructus fundi negavit esse; nisi fructus fundi ex venatione constet. *l.* 26. Julian. lib. 6. ex Minicio.

ARTICULUS II.

An et ex quo debeantur Fructus et Causa in actionibus Mixtis.

VIII. *In judicio* Finium regundorum *idem observatur circa Fructus, atque in judiciis in rem: ut supra Tit.* Fin. reg. *N.* 13.

In judiciis Familiæ erciscundæ et Communi dividundo, *cum quisque ex coheredibus aut sociis obligetur ad communicandum omne lucrum quod quisque durante communione percepit, consequenter et Fructuum quos quisque percepit, ratio in his judiciis habenda est, sive extent sive consumpti sint: ut vid. Tit.* Fam. Ercisc. *N.* 69 *et* 76.

Non igitur is qui fundum coluit, eos percipere potest; sed duntaxat potest impensas quas fecit, ex his deducere. Hinc Paulus: Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis, et colam; an Fructus dividi debeant post deductionem impensarum? Et puto dividendos. *l.* 38. § 14. Paul. lib. 6. ad Plaut.

ARTICULUS III.

Ex quo debeantur Fructus et Causa in Personalibus judiciis.

IX. Videamus generatim (2) quando in actione quæ est in personam, etiam Fructus veniant. *l.* 38. Paul. lib. 6. ad Plaut.

Et quidem agimus vel ad recipiendam rem ipsam quæ nostra fuit, aut ejus possessionem; vel ad adipiscendam rem quæ nostra nunquam fuit.

§ 1. *De actionibus Personalibus quibus agimus de recipienda re quæ nostra fuit.*

X. *In his judiciis omnis Causa et omnes Fructus quos reus percepit, restitui debent: ex die autem moræ etiam hi quos percipere potuit. V. G.* Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa; et renuntiata affinitas (3): Fructus quoque restituendi (4) sunt; utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur affinitas. Sed et posteriores si in re mora fuit (ut ab illo qui reddere debeat) omnimodo (5) restituendi sunt. Sed et si per mulierem stetit quominus nuptiæ contrahantur; magis est ut debeat Fructus recipere. Ratio (6) autem hæc est,

(1) Nam ex ipsa re in qua jus usufructus habeo, non ex meo jure usufructus, gignuntur fructus.

(2) Ita lectio Vulgata; rectior Florentina quæ habet, *generali.*

(3) Id est, renuntiatione dissoluta fuerint sponsalia ex quibus contrahenda affinitas, id est, contrahendæ nuptiæ sperabantur.

(4) Quum quis aget judicio *Conditionis ob rem dati, re non secuta.* Et quidem non tantum extantes, ut in actionibus *In rem,* sed etiam consumptos Fructus restituere tenetur: non enim ratione possessionis tenetur, sed ratione obligationis suæ qua tenetur ad rei restitutionem; quæ restitutio omnem causam rei complectitur.

(5) Id est, sive perceperit necne.

(6) *Ratio* cur sponsus de perceptis tantum, non etiam de percipiendis teneatur; antequam in mora fuerit, *hæc est, etc.*

quod si sponsus non conveniebatur restituere Fructus, licuerat (1) ei negligere fundum. *l.* 38. § 1. PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

Item si indebitum fundum solvi et repeto; Fructus quoque repetere debeo (2). *d. l.* 38. § 2.

Idemque est si mortis causa fundus sit donatus; et revaluerit (3) qui donavit, atque ita Condictio nascatur. *d. l.* 38. § 3.

Item si vi metusve causa rem tradam; non aliter mihi restituisse videtur quam si Fructus mihi restituat: nec mora (4) mea mihi aliquid aufert. *d. l.* 38. § 6.

In Faviana quoque actione et Pauliana; per quam, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur; Fructus quoque restituuntur: nam Prætor id agit ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset. Quod non est iniquum. Nam et verbum RESTITUAS quod in hac re Prætor dixit, plenam habet significationem ut Fructus quoque restituantur. *d. l.* 38. § 4.

Generaliter enim Quum verbum RESTITUAS in Lege invenitur, etsi non specialiter de Fructibus additum est, tamen etiam Fructus sunt restituendi. *l.* 173. § 1. *de Reg. Jur.* PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

XI. *In actione* De dote *non veniunt quidem Fructus ejus temporis quo duravit matrimonium; cum hi marito pro sustinendis matrimonii oneribus debeantur. Cæterum* Ante matrimonium quoque Fructus percepti, dotis fiunt; et cum ea restituuntur. *sup. d. l.* 38. § 12.

Similiterque Si dos prælegata fuerit, ante nuptias percepti Fructus in causam legati veniunt. *d. l.* 38. § 16.

§ 2. *Ex quo debeantur Fructus et Causa in Interdictis et actionibus in quibus de recipienda possessione rei nostræ agitur.*

XII. Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet: videamus de Fructibus. Et quidem in deposito et commodato Fructus quoque præstandi sunt, sicut diximus (5). *d. l.* 38. § 10.

In Interdicto quoque QUOD VI AUT CLAM, magis est ut omnis Causa et Fructus restituantur. *d. l.* 38. § 11.

Eadem ratio est in Fructibus prædiorum urbanorum (6). *d. l.* 38. § 13.

Enimvero in his etiam actionibus Prætor ait RESTITUAS. Et ideo quum restitui Prætor vult, veluti in Interdicto UNDE VI, etiam Fructus sunt restituendi. *d. l.* 38. §. 5.

§ 3. *Ex quo debeantur Fructus et Causa in judiciis in quibus de adipiscenda re quæ nostra nunquam fuit agitur.*

Hic distinguendum est, an hæc judicia sint stricti Juris, an bonæ fidei.

Primus casus :

Si judicium sit stricti Juris:

XIII. *In his judiciis quum Stricti Juris sunt, Causa et Fructus non debentur; nisi hæc fuerint in stipulationem deducta. Ex die tamen accepti judicii debentur.*

Hinc Paulus : Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti Ex stipulatu; Fructus non consequar, etiamsi mora facta sit. Quod si acceptum est judicium; tunc Sabinus et Cassius ex æquitate Fructus quoque post acceptum judicium præstandos putant, Causa restituatur (7). Quod puto recte dici. *d. l.* 38. § 7.

Et alibi : Quum fundus vel homo per Condictionem petitus esset; puto hoc nos Jore uti, ut post judicium acceptum Causa omnis restituenda sit; id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset. *l.* 31. *ff. de Reb. cred.* PAUL. LIB. 17. AD PLAUT.

Similiter Papinianus : Vulgo receptum est ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam Causa præstetur. Cujus opinionis ratio redditur; quoniam quale est quum petitur, tale dari debet. Ac propterea postea captos Fructus, partumque editum, restitui oportet. *l.* 2. PAPIN. LIB. 6. QUÆST.

XIV. *Fructus autem ante acceptum judicium percepti non debentur, non solum quum medio tempore editi sunt: sed et V. G.* Quum fundum stipulatus sum, non veniunt Fructus qui stipulationis tempore fuerint. *l.* 78. § 1. *ff. de Verb. oblig.* PAUL. LIB. 62. AD ED.

Idem dic de Causa. Igitur Si quis ancillam sistere se in aliquo loco promiserit, quæ prægnans erat;

(1) Unusquisque rei suæ moderator est et arbiter. Jure sponsus potuit fundum suum negligere, quandiu non reposcitur cum fructibus; adeoque non debet teneri de fructibus quos non percepit.

(2) Scilicet perceptos ante moram; post moram, omnimodo. De perceptis autem quandiu bona fides duravit, non tenetur ultra quam locupletior est: ita enim specialiter obtinere in *Condictione Indebiti*, supra vid. lib. 12. d. tit. N. 46.

(3) Convaluerit.

(4) Cessatio mea in re repetenda nihil mihi aufert: debentur enim fructus: antequam repetam.

(5) Supra ex eadem l. 38. § 1. nimirum omnes fructus quos reus percepit: ex die moræ autem, *omnimodo*, sive perceperit necne, debet restituere fructus quos actor percepisset.

(6) Id est, in pensionibus seu mercedibus quas inquilini præstant, et quæ vice fructuum sunt: larga enim significatione hic appellantur *Fructus*.

(7) Nam ex litis contestatione obligatur reus, velut ex quasi contractu; ut rem quam dare condemnatus sit, in eadem causa præstet. Non videtur autem præstare in eadem causa; nisi restituat actori omnem utilitatem quam habuisset, si ei res statim quum acceptum est judicium restituta fuisset. Hoc non porrigendum est ad usuras: nec enim ipsi rei acceptæ feruntur; ut recte observat D. Schulting. *Thes. Controvers.* Decad. 94. Thes. 3.

etsi sine parte eam sistat, in eadem causa eam sistere intelligitur. *l.* 38. § 8. *d. tit.* IBID. LIB. 72.

Secundus casus :

Si judicium sit bonæ fidei.

XV. *In judiciis bonæ fidei, Fructus et Causa ex die moræ debentur : et quidem in nonnullis etiam ante moram, in cæteris saltem ex mora. V. G.* Ex causa etiam emptionis Fructus restituendi (1) sunt. *l.* 38. § 8. PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

Sed *et* in societatibus Fructus communicandi (2) sunt. *d. l.* 38. § 9.

In cæteris quoque bonæ fidei judiciis Fructus omnimodo præstantur. *d. l.* 38. § 15.

Similiter quum actio Ex testamento et persecutio fideicommissi, quod ad præstationem Fructuum et Causæ attinet, judiciis bonæ fidei annumerentur ; in his etiam Fructus et Causa ex mora veniunt. Hinc Respondit Paulus, Moram in solvendo fideicommisso factam : partus quoque ancillarum restituendos. *l.* 14. PAUL. LIB. 14. RESPONS.

Item Equis per fideicommissum legatis ; post moram heredis, fœtus quoque debentur. *l.* 39. MODEST. LIB. 9. DIFFERENT.

Obiter nota : Equitio autem legato ; etiamsi mora non intercedat, incremento gregis fœtus (3) accedunt. *d. l.* 39.

Similiter Papinianus. Equis per fideicommissum relictis ; post moram fœtus quoque præstabitur, ut Fructus : sed fœtus secundus, ut Causa (4) ; sicut partus mulieris (5). *l.* 8. PAPIN. LIB. 7. RESPONS.

XVI. *Sed in his omnibus judiciis, ex mora non solum qui percepti sunt Fructus debentur ; sed et qui percipi potuerunt, ita tamen si honeste percipi potuerunt. Nam* Generaliter observari convenit, bonæ fidei judicium non recipere præstationem quæ contra bonos mores desideretur. *l.* 5. PAPIN. LIB. 28. QUÆST.

(1) Statim ex quo solutum est pretium ; ut vid. supra lib. 19. Tit. *de Action. Empt.* Part. 1. Sect. 2. cap. 1. art. 8.

(2) Id est, restituendi. Vid. supra lib. 17 Tit. *Pro Socio* Sect. 4.

(3) Non tanquam fructus, sed tanquam si ex ipsis equitium quod legatum est constet : *Equitium* quippe est quid, quod incrementum et decessionem recipit.

(4) Fructus fructuum non possunt deberi tanquam fructus rei debitæ, cum ex ipsa nati non sint, sed annumerantur causæ rei. *Causa* enim continet omnem utilitatem quam habuisset actor, si res statim esset restituta.

(5) Partus non est in fructu : [ut vid. supra lib. 7. Tit. *de Usufr.*] sed debetur tanquam causa.

SECTIO II.

In quod tempus Fructus et Causa in diversis judiciis debeantur ; et quomodo æstimentur.

§ 1. *In quod tempus debeantur.*

XVII. *Hoc ex Papiniano discimus. Ita ille :* In fideicommissi persecutione, cum post judicis Sententiam moram fecisset heres ; jussit Imperator Marcus Antoninus, intermisso legitimo tempore quod condemnatis præstatur (6), ut usque ad Sententiam commoda fideicommissarius accipiat (7). Quod Decretum ita accipi oportet, si ante judicis Sententiam mora non intervenit ; tametsi non facile evenire possit, ut mora non præcedente, perveniatur ad judicem : sed puta Legis Falcidiæ rationem intervenisse (8). Cæterum si antequam ad judicem perveniretur, in mora heres fuit ; exinde Fructuum præstandorum necessitate astrictus, qua tandem ratione (quoniam et Sententia victus est) legitimi temporis spatio Fructibus liberabitur ? Cum ea temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum afferre debeat. *l.* 3. PAPIN. LIB. 20. QUÆST.

Neque solum in judiciis bonæ fidei, ad quorum instar est fideicommissi persecutio, sed et In his quoque judiciis quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori Causa præstanda est in eum diem quo Sententia dicitur. Certe post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est. *d. l.* 3. § 1.

§ 2. *Quomodo æstimentur Fructus.*

XVIII. *Deductis impensis Fructus intelliguntur. Nam* Quod in Fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos Fructus diminuere debere. *l.* 46. ULP. LIB. 62. AD ED.

(6) De hoc induciarum tempore quod condemnatis conceditur ut judicato satisfaciant, vid. infra lib. 42. Tit. *de Re judic.* Sect. 5. Art. 1.

(7) Heres qui post condemnationem, et post elapsas quæ condemnatis conceduntur inducias, moram in præstando fideicommisso fecit, debet præstare fideicommissario fructus quos percipere potuit ex die litis contestatæ usque ad Sententiam ; tempus autem induciarum quæ post Sententiam conceduntur, immune est ab hac præstatione.

(8) Qui provocat ad judicium non animo inficiandi debiti et differendæ solutionis, sed ut computetur quantum debeat, moram non facit. Vid. infra Part. 3.

SECUNDA PARS.

De Usuris.

SECTIO I.

De Usuris in genere.

Usuræ sunt accessio debitæ quantitatis pro usu sortis præstanda. Schulting. Thes. controv. *Decad.* 90.

§ 1. *De Usurarum computatione.*

XIX. *Cum in toto hocce Titulo, et passim in Digestis, recurrant Usuræ* Besses, Trientes, Semisses, etc. *Hic statim præmittendum videtur, quis fuerit modus computandi Usuras apud Romanos.*

Et primo quidem, sortem quamlibet fenori datam dividebant in Centum partes. Unde Horatius ad illam Usurarum computationem alludens:

Romani pueri longis rationibus assem
Discant in partes Centum deducere.
de Art. poet. v. 325.

Centesimam hujus sortis in Menses singulos stipulari licitum erat Usuræ nomine: et hæc erat maxima et gravissima usura; scilicet Centesima *pars sortis in unumquemque mensem* (le centième par mois); *quæ singulis Kalendis solvi solebat. Quo etiam pertinet illud Horatii:*

... Quum tristes misero venere Kalendæ
Serm. lib. 1. *Satyr.* 3.

Jam vero, cum duodecim in anno sint menses, et As duodecim etiam partibus seu Unciis constet; Centesima illa pars sortis, Uncia *vocabatur; et unoquoque mense soluta, anno elapso efficiebat* Usuram Assis *seu* As Usurarium, *id est, duodecim Centesimas. Igitur qui Usuram* Centesimam *stipulatus fuerat, idem est ac si stipulatus esset duodecim pro Centum:*

(Le centième par mois, ou 12 pour 100 par an).

Retenta autem illa Assis Usurarii, seu potius Unciarum ex quibus As constabat, computatione; singula Usurarum nomina facile explicantur.

Usuræ Deunces, *illæ sunt quæ undecim Centesimas in anno reddebant; singulis scilicet mensibus, tres quadrantes et duas duodecimas Unciæ seu Centesimæ:*

(Les $\frac{3}{4}$ et $\frac{2}{12}$ du centième par mois.... 11 pour 100 par an).

Dextantes *seu* Decunces, *quæ decem uncias in anno reddebant pro Centum; id est, singulis mensibus tres quadrantes et duodecimam Unciæ partem:*

(Les $\frac{3}{4}$ et $\frac{1}{12}$ du centième par mois... 10 pour 100 par an).

Dodrantes, *quæ novem uncias in anno præstabant; singulis mensibus, tres quadrantes Centesimæ:*

(Les $\frac{3}{4}$ du centième par mois.... 9 pour 100 par an).

Besses, *quæ in annum uncias octo; seu singulis mensibus duas tertias unciæ partes:*

(Les $\frac{2}{3}$ du centième par mois.... 8 pour 100 par an).

Septunces, *reddebant singulis mensibus dimidiam et duodecimam unciæ partem; anno vertente septem uncias assis usurarii:*

(La moitié et $\frac{1}{12}$ du centième par mois... 7 pour 100 par an).

Semisses *seu* Semissales, *quæ semiunciam singulis mensibus, proindeque in anno semissem assis seu sex uncias præstabant:*

(La moitié du centième par mois.... 6 pour 100 par an).

Quincunces *reddebant quinque uncias in annum; singulis mensibus tertiam et duodecimam partem unciæ:*

(Le tiers et $\frac{1}{12}$ du centième par mois.... 5 pour 100 par an).

Trientes, *id est, quæ tertiam partem unciæ in singulos menses, quatuor uncias in annum reddebant:*

(Le tiers du centième par mois.... 4 pour 100 par an).

Quadrantes, *seu quartam partem unciæ in singulos menses reddebant, tres uncias in annum:*

(Le quart du centième par mois.... 3 pour 100 par an).

Sextantes *illæ dicebantur quæ sextam partem unciæ singulis mensibus, duas uncias vertente anno præstabant:*

(Le sixième du centième par mois.... 2 pour 100 par an).

Unciariæ *denique, quæ integro anno integram unciam, duodecimam scilicet unciæ per singulos menses præstabant:*

(Le douzième du centième par mois... 1 pour 100 par an).

Hinc videre est quid sit fenus Semi-unciarium: (un demi pour 100).

Ad hanc Assis computationem revocantur etiam graviores Centesimis usuræ; sive quas contra Jus sæpe exigebant impudentissimi feneratores; sive quæ interdum licitæ erant, nempe in Trajectitia pecunia: de qua Tit. seq.

Sic Sesqui-Centesima *dicitur, quæ Centesimam Usuram et dimidiam Centesimæ continet:* (18 pour 100).

Sic et quando usuræ BINÆ, TERNÆ, *imo et* QUINÆ *dicuntur; intelligendæ sunt* BINÆ-CENTESIMÆ (24 pour 100) : TERNÆ-CENTESIMÆ (36 pour 100) : QUINÆ-CENTESIMÆ (60 pour 100).

TERNÆ *seu Triplicis Usuræ mentio fit apud Juvenal. Satyr. IX. v. 7.*

Pollio qui TRIPLICEM Usuram præstare paratus
Circuit, et fatuos non invenit.

Meminit etiam QUINÆ *Usuræ Horatius, Serm. lib. 1. Satyr. 2. v. 12.*

QUINAS hic capiti mercedes exsecat.

§ 2. *Quæ res additamenta Usurarum recipere possint.*

XX. *Usurarum additamenta recipere possunt, pecunia numerata et fruges; scilicet si principaliter debeantur. Nam Usurarum Usuræ* (1) *non admittuntur; et Pariter* Paulus libro 16 Responsorum respondit.

Neque eorum fructuum qui post litem contestatam officio judicis restituendi sunt, Usuras præstari oportere; neque eorum qui prius percepti quasi malæ fidei possessori condicuntur (2). *l.* 15.

Cæterum si quod Fructuum aut Usurarum nomine debebatur, novatione facta tanquam sors deberi cœpisset; Usurarum additamenta Jure veteri recipere poterat. Justinianus hanc fraudem Legi fieri non passus est. l. 28. Cod. h. t.

XXI. *In specie sequenti non videtur Usurarum usura promissa; sed ipsius sortis uberior Usura sub conditione promissa.*

Pacto placuit ut ad diem Usuris non solutis, fructus hypothecarum Usuris compensarentur fini legitimæ (3) Usuræ. Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit; cum ad diem minore fenore non soluto, legitimæ majores Usuræ stipulanti recte promitti potuerunt. *l.* 1. § 3. *ff. de Pign. et hypoth.* PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

Nec inutilis legitimæ Usuræ stipulatio videtur sub ea conditione concepta, SI MINORES AD DIEM SOLUTÆ NON FUERINT. Non enim pœna (4), sed fenus uberius justa ratione sortis, promittitur. *l.* 9. § 1. IBID.

Obiter nota quod hæc Usurarum stipulatio, quamvis debitor non conveniatur, committitur. *d.* § 1.

Si tamen post mortem creditoris nemo fuit cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit. Ideo si majores Usuræ prioribus petantur, exceptio Doli non inutiliter opponetur. *d.* § 1.

XXII. *Observandum est, non posse quem stipulari Usuras graviores sub hac conditione* Si minores ad diem solutæ non fuerint: *nisi ex die conditionis, non vero retro ex die contractus: ut patet ex specie sequenti.*

Cum quidam cavisset se quot annis quincunces Usuras præstaturum; et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniæ ex die qua mutuatus est, semisses soluturum; et redditis per aliquot annos Usuris, mox stipulatio commissa esset: Divus Marcus Fortunato ita rescripsit: « PRÆSIDEM provinciæ » adi, qui stipulationem de cujus iniquitate questus es, ad modum justæ exactionis rediget ». Hæc Constitutio ad infinitum modum excedit (5). Quid ergo? Sic temperanda res est, ut in futurum duntaxat ex die cessationis crescat Usura. *l.* 17 PAUL. LIB. SING. DE USURIS.

Circa hanc stipulationem, non prætermittenda elegans altera species quæ item a Paulo refertur. Seia mutuam pecuniam accepit a Septicio. De Usuris ita convenit: « Nisi sua quaque die Usuræ » supra scriptæ exsolverentur, vel post tertium » mensem, tunc in majores usuras Seia teneretur: » et deinceps per singulas pensiones, si conditione » data, Usuræ non solverentur, ea conditio ob» servaretur donec omnis summa debita hoc no» mine exsolveretur ». Quæro an hæc verba, ET DEINCEPS PER SINGULAS PENSIONES SI CONDITIONE DATA, USURÆ NON SOLVENTUR, EA CONDITIO OBSERVARETUR, eo pertineant ut, quamvis commissa sit forte prima stipulatio, non tamen in ampliorem quantitatem Usurarum conveniri possit quam ejus pensionis nomine quæ egressa est diem præstitutum? Paulus respondit, Plures conditiones continere eam stipulationem quæ de gravioribus Usuris præstandis subjecta est; id est, ut per singulas pensiones conditio inspectaretur non illatarum suis temporibus leviorum Usurarum: et ideo posse evitari pœnam sequentium pensionum. *l.* 12. PAUL. LIB. 4. RESPONS.

XXIII. *Diximus pecuniam et fruges, si principaliter debeantur, Usurarum additamenta recipere posse. Cætera autem corpora hæc additamenta non*

(1) Usurarum usuræ quæ *Anatocismus* dicuntur, non semper prohibitæ fuerunt. Refert enim Cicero [lib. 5. ad Attic. Ep. 21.] Edictum Proconsulare Cilicibus a se propositum, quo centesimas *cum anniversario Anatocismi* observaturum se profitetur.

(2) Et generaliter; quum fructus non principaliter, sed tanquam accessio rei quæ vel nostra est vel nobis debita, nobis debentur; eorum usuræ non debentur: non enim admittitur accessio accessionis. Cum autem in petitione hereditatis fructus ante litem percepti veniant tanquam ipsi auxerint hereditatem, et sint res seu partes hereditatis; hinc eorum fructuum seu potius pecuniæ ex his redactæ usuræ debentur: l. 51. § 1. ff. *de Petit. hered.* et l. 18. ff. *de His quæ ut indign. aufer.*

(3) Id est, centesimæ. Vid. infra N. 29.

(4) Id est, non est *pœna* seu usura usurarum non solutarum; *sed fenus uberius* ipsiusmet sortis, sub hac conditione in stipulationem deductum.

(5) Florent. *affinitum.* Sensus est: Præsidem non astringit ad servandum modum usurarum cautione præfinitum, sed permittit ei rigorem hujus cautionis æquitatis ratione temperare. Quomodo autem temperare debeat, docet Paulus: nimirum *ut in futurum duntaxat crescat usura.* Durius enim Imperatori visum est puniri moram non solum pro tempore quod secutum est, sed et pro eo tempore quod moram præcessit. Scholiastes Græcus ad h. l. notat rem novam hic constitutam fuisse a D. Marco.

recipiunt, nisi ei cui debentur relicta fuerint ut venderentur.

Hinc Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto, mora intervenerit; an Usurarum æstimatio facienda sit tractari solet? Plane si materiam istam ideo reliquit, ut ea distracta pecuniaque refecta, fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur; non oportere frustrationem impunitam esse, responderi oportet. Quod si forte ideo reliquit, ut his vasis uteretur; non sine rubore desiderabuntur usuræ: ideoque non exigentur. *l.* 3. § 4. PAPIN. LIB. 20. QUÆST.

XXIV. *Quod si factum debeatur; cum hoc debitum resolvatur in pecuniam si factum non fuerit, consequens est ut Usurarum additamenta recipiat.*

Exemplum affert Paulus. Si dies non sit ab his qui statutas vel imagines ponendas legaverunt præfinitus; a Præside tempus statuendum est: et nisi posuerint heredes, Usuras Reipublicæ usque ad tertiam centesimæ (1) pendent. *l.* 17. § 8. PAUL. LIB. SING. DE USURIS.

SECTIO II.

De singulis Usurarum speciebus.

Usuræ aliæ sunt quæ ex conventione debentur; aliæ quæ citra conventionem, ex mora scilicet; aut etiam ante moram, ex natura contractus seu causæ ex qua debitum est, vel denique ex privilegio creditoris.

ARTICULUS I.

De Usuris conventionalibus.

Ex qua conventione debeantur Usuræ, et unde hæc conventio præsumatur.

XXV. *Cum (juxta hæc quæ supra tradita fuerint Tit.* de Pact. *Sect. 5. Art. 1.°) pacta contractibus bonæ fidei adjecta contractui insint, formentque actionem ex eo descendentem; contractibus autem stricti Juris adjecta, non item: sequitur Usuras in contractibus bonæ fidei ex pacto peti posse; in contractibus autem stricti Juris peti ex pacto non posse.*

Tamen nudo pacto promissæ saltem naturaliter debentur. Hinc Quamvis Usuræ fenebris pecuniæ (2) citra vinculum stipulationis peti non possint; tamen ex pacti conventione solutæ, neque ut indebitæ repetuntur (3), neque in sortem accepto ferendæ sunt. *l.* 3. *Cod. h. t.* SEVER. ET ANTONIN.

Hinc ex pacto, Cum debitor gratuita (4) pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum Usuras retinere. *l. ff. In quib. caus. Pign. vel hypoth.* PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Hinc etiam sequitur quod rescribunt Severus et Antoninus: Per retentionem pignoris, Usuras servari posse de quibus præstandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est: et rationem habet, cum pignora conventione pacti etiam Usuris obstricta sint. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Obiter nota quod sequitur: Sedenim in causa de qua agis, hæc ratio cessat; si quidem tempore contractus de minoribus Usuris petendis convenit. Postea autem se debitor præstaturum majores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio; quando eo tempore quo instrumenta emittebantur, non convenit ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur. *d. l.* 4.

Similiter rescribit Philippus: Pignoribus quidem intervenientibus, Usuræ quæ sine stipulatione peti non poterant; pacto retineri possunt.

Verum hoc Jure constituto; cum, hujusmodi nullo interposito pacto (5), tantummodo certæ summæ præstari pœnam convenisse proponas: nec peti nec retineri quicquam amplius potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina Juris perspicis. *l.* 22. *Cod. h. t.*

XXVI. *Hæc regulariter obtinent.*

Speciale est autem quod Frumenti vel hordei mutuo dati accessio, etiam ex nudo pacto præstanda (6) est. *l.* 12. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

Speciale est etiam quod Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus Usuræ creditarum ab eis pecuniarum. *l.* 30. PAUL. LIB. SINGUL. REGUL.

Justinianus simile privilegium indulsit argentariis. Novell. CXXXVI. cap. 4.

XXVII. *Observandum superest, in conventione aut stipulatione Usurarum scripturam non esse necessariam, si aliunde eam intervenisse improbari possit.*

Hinc Si interrogatione præcedente, promissio Usurarum recte facta probetur, licet instrumento conscripta non sit, tamen optimo jure debentur. *l.* 1. *Cod. h. t.* ANTONINUS-PIUS.

Quinetiam ex diuturna Usurarum præstatione præsumitur stipulatio Usurarum intervenisse.

(1) Id est, usuras *trientes*.

(2) Mutuum est contractus stricti Juris.

(3) Utpote naturaliter debitæ.

(4) Hotomannus Observat. l. 4. censet legendum *non gratuita*: in quo reprehenditur a Roberto. Ut ut ait, sensus hujus legis est; posse pacisci creditorem, ut in vicem usurarum quas mutuæ pecuniæ debitor ipsi non præstat, possit ex fructibus rei sibi pigneratæ, aliquid retinere, intra legitimum modum usurarum. Unde sequitur, etsi ex pacto peti Usuræ non possint, tamen posse creditorem consequi eas ex pacto jure retentionis.

(5) *Nullo interposito pacto* quo conveniret ut et pro usuris de quibus conveneral, etiam pignora obligata essent.

(6) Facilius in hac mutui specie admittuntur usuræ, ob incertum pretium fructuum; qui poterunt esse vilioris pretii quum reddentur, quam quum dati sunt.

Hinc Quum De in rem verso eum herede patris vel domini ageretur, et Usnrarum quæstio moveretur; Imperator Antoninus ideo solvendas Usuras judicavit, quod eas ipse domious vel pater longo tempore præstitisset (1). *l.* 6. PAPIN. LIB. 29. QUÆST.

Imo et obligatio sortis ex tali præstatione præsumitur.

Hinc Imperator quoque noster Severus filiæ Flavii-Atheoagoræ, ejus bona fuerunt publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine jussit; quod ea patrem præstitisse dotis Usuras allegasset. *d. l.* 6. § 1.

Cæterum non omnis præstatio, sed ea quæ diutina fuit, hanc præsumptionem inducit.

Hinc Antoninus rescribit. Creditor instrumentis suis probare debet quæ inteudit, et Usuras se stipulatum, si potest. Nec enim si aliquando ex consensu præstitæ sunt, obligationem constituunt. *l.* 7. *Cod. h. t.*

§ 2. *Quæ requirantur circa modum Usurarum conventionalium.*

Circa modum Usurarum conventionalium, duo requiruntur 1.° *Ut determinatus sit;* 2.° *Ut non excedat legitimum modum.*

Prima conditio :

Ut modus Usurarum conventionalium determinatus sit.

XXVIII. *Hinc Ulpianus respondit*, Quod in stipulatione sic adjectum est ET USURAS SI QUÆ COMPETIERINT, nullius esse momenti, si modus certus non adjiciatur. *l.* 31. ULPIAN. LIB. 1. RESPONS.

Similiter in specie sequenti. Ab Aulo-Agerio Gaius-Seius mutuam quantitatem accepit hoc chirographo : « ILLE scripsi me accepisse, et accepi « ab illo mutuos et numeratos decem; quos ei « reddam Kalendis illis proximis, cum suis Usu« ris placitis inter (2) nos ». Quæro an ex eo instrumento Usoræ peti possint, et quæ; Modestinus respondit, Si non appareat de quibos Usuris conventio facta sit, peti eas non posse. *l.* 41. § 2. MODEST. LIB. 3. RESPONS.

Novella CXXXVI. cap. 5. *hoc indulsit privilegium argentariis Justinianus, ut etsi non expresserint modum Usurarum quas pepigerunt, tamen utilis sit conventio; et besses* (3) *Usuræ hoc casu eis debeantur.*

Secunda conditio :

Ut Usuræ intra legitimum modum consistant.

XXIX. *Legitimus Usurarum modus est Centesima pars sortis in singulos menses: unde etiam hæc Usura, passim* Legitima *dicitur* (4). *Cæterum quamvis Usuræ centesimæ essent licitæ; tamen hæ centesimæ et quæ his propius accedebant, acerbiores et* Gravissimæ *videbantur. Viri honesti solebant sub semissibus Usuris fenerare; quæ ideo apud Plinium (Hist. nat. XIV.* 4.*) dicuntur* Civiles et modicæ. *Unde et Quincunces levioribus annumerantur; et Trientes minimis* (5).

Constitutio autem Justiniani, Illustribus personis intra trientem tantum centesimæ, negotiatoribus intra bessem, cæteris personis intra semissem duntaxat, Usuras exigere permisit: In trajectitiis (6) autem contractibus, vel specierum fenori datioolbus (7) usque ad centesimam tantummodo licere stipulari. *l.* 26. § 1. *Cod. h. t.*

Quod Jus etiam ad stipulationes ante hanc Constitutionem interpositas porrigi voluit. l. 27. Cod. h. t.

Ex novella XXXII qui pecuniam agricolis fenerantur, non amplius possunt percipere singulis

(1) Nonnulli inter quos DD. Noodt et Schultiog. negant ex diutina præstatione usurarum induci obligationem earum solvendarum : arg. l. 7. Cod. h. tit. et l. 28. Cod. *de Pact.* Et contendunt in specie hujus legis de hoc non fuisse actum ao ex diutina usurarum præstatione stipulatio de his præstandis intervenisse præsumeretur, imo constitisse eam interveoisse; sed tantum quæstionem fuisse an in rem patris versum esset : quod ex diutina usurarum præstatione ab ipso patre facta, satis probatum esse judicavit Antoninus. Verum hanc interpretationem refellunt hæc legis verba, *Usurarum quæstio moveretur.* Leges autem oppositæ accipiendæ sunt de præstatione per aliquot annos, non de præstatione per longum tempus.

(2) Supponendum est, huic pacto stipulationem subjectam; ut solebat fieri.

(3) *Huit pour cent.*

(4) Varium fuit Usurarum fatum apud Romanos. Primo Lege XII Tabul. sanctum fuerat ne quis unciario fenore amplius exerceret [*un pour cent*]; cum antea ex libidine locupletium agitaretur : Tacit Annal. VI. 16. Hoc fenus permodicum est, utpote duntaxat duodecima pars centesimæ usuræ. Sed cum brevi hæc Lex exolevisset, renovata fuit Plebiscito lato sub C. Marcio et Cn. Manlio Coss. [Liv. VII. 16.] Postea alio Plebiscito lato anno U. C. 406 ad Semiuncias redacta est usura [Liv. ibid. cap. 27.] Tandem anno 411. Lege Genucia prorsus omnis usura prohibita est. Et cum Romæ tantum, non in Latio, Lex illa obtineret; deinde ad vitandas fraudes feneratorum qui transcribebant nomina in socios latinos, lata est Lex Sempronia, ut etiam Latini ea Lege tenerentur. Verum his omnibus Legibus nihil fere actum; et nihilominus in infinitum fere excreverat fenus. Unde Prætores usuram quæ centesima gravior esset suis Edictis inhibuerunt; ut de se testatur Cicero quum Ciliciæ præesset : *Epist. ad Attic.* lib 5 Ep. 60. Idem de Lucullo testatur Plutarchus in ejus vita. Ita D. Noodt.

(5) De Usuris quæ graviores aut modestiores videbantur, meminit Persius :

> *Quid petis ut nummi quos hic* QUINCUNCE MODESTO
> *Nutrieras, pergunt* AVIDOS *sudare* DEUNCES?
>
> Satyr. V. *v.* 149.

(6) De quibus in tit. seq.

(7) De quibus infra N. 32.

annis quam siliquam in singulos aureos; quod est triens usuræ (1).

XXX. *Neque solum prohibentur creditores, Usuras ultra legitimum modum expresse stipulari: sed etiam* Pœnam pro Usuris stipulari nemo supra modum Usurarum licitum potest. *l.* 44. MODEST. LIB. 10. PANDECT.

Hinc Papinianus: Pecuniæ fenebris intra diem certum debito non soluto, dupli (2) stipulatum in altero tanto supra modum legitimæ usuræ respondi non tenere. Quare pro modo cujuscumque temporis superfluo detracto, stipulatio vires habebit. *l.* 9. PAPIN. LIB. 11. RESPONS.

Similiter Gordianus rescribit: Cum allegas uxorem tuam ea conditione mille aureorum quantitatem sumpsisse, ut si intra diem certum debito satis non fecisset, cum pœna quadrupli redderet quod accepit; Juris forma non patitur legem contractus istius, ultra pœnam legitimarum Usurarum posse procedere. *l.* 15. *Cod. h. t.*

XXXI. *Non videtur autem quis ultra legitimum modum Usuras exigere, in specie sequenti de qua ita rescribit Philippus:* Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus invicem Usurarum consequeretur; obtentu majoris percepti emolumenti, PROPTER INCERTUM FRUCTUUM EVENTUM, rescindi placita non possunt(3). *l.* 17. *Cod. h. t.*

Sed nec in specie sequenti, de qua ita rescribit Alexander. Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit ut vice Usurarum domum inhabitaret; pactoque ita ut convenit usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quæstionem, quasi plus domus redigeret si locaretur quam Usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio; non ideo tamen illicitum fenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur. *l.* 14. *Cod. h. t.*

XXXII. *In frugibus, Usuræ ultra legitimum modum permittuntur; sed ita demum quum ipsæ fruges mutuo datæ sunt. Scilicet* Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis; incerti pretii ratio, additamenta (4) Usurarum ejusdem materiæ suasit admitti. *l.* 23. *Cod.* PHILIPPUS.

Secus obtinet quum pecunia mutuo data est, quamvis sors in frugibus debeatur.

Hinc Gordianus: Cum non frumentum, sed pecuniam fenori te accepisse alleges, ut certa modiatio tritici præstaretur; ac, nisi is modius sua die fuisset oblatus, mensurarum additamentis in fraudem legitimarum Usurarum gravatum te esse contendas; potes adversus improbam petitionem competenti uti defensione. *l.* 16. *Cod. h. t.*

Imo et circa fruges ipsas Jus immutatum est. Et quidem Constantinus edixit ut qui indigenti fruges mutuas dederit, Usuræ nomine non plus tertia parte superflua (5) *consequatur; id est, si duos modios credidit, potest tres duntaxat recipere. l.* 1. de Usuris in *Cod. Theod.*

Postea Justinianus (ut supra vidimus N. 29.) *ultra centesimam ex tali specierum mutuo Usuras percipi vetuit.*

Hoc Jus confirmat Novella XXXII, quæ vetat eos qui fructus aridos fenerantur agricolis, Usurarum nomine stipulari plus quam octavam modii pro integro anno in singulos modios: quæ Usura est circiter centesima (Douze pour cent).

Et ita de frugibus.

XXXIII. *Indistincte autem si res quaspiam pro pecunia æstimatas quis accipiat, ut ex earum venditione pecuniam redigat quam mutuam habeat; Usuræ tantum licitæ peti poterunt.*

Sic accipe quod ait Constantinus: Pro auro et argento et veste, facto chirographo; licitas solvi vel promitti Usuras jussimus (6). *l.* 25. *Cod. h. t.*

Hoc apertius declaraverant Diocletianus et Maximianus. Ita illi: Si pro mutua pecunia quam a creditore poscebas, argentum vel jumenta vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori; licet ultra Usuram centesimam usuras stipulanti spopondisti; tamen sors quæ æstimatione placito partium definita est, et Usurarum titulo legitima [summa (7)] tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus hujusmodi quantitatis solutioni pareas. *l.* 8. *Cod. Si cert. pet.*

XXXIV. *Vidimus ultra legitimum modum Usuras in stipulatum deduci non oportere. Quod si hoc factum fuerit; demum intra legitimum modum*

(1) Hoc constat ex antiquo Interprete Codicis Theodosiani qui [ad l. 2. Cod. Theod. *de Usur.*] CENTESIMUM usurarum interpretatur esse tres siliquas in anno: unde sequitur hanc usuram unius siliquæ in anno, esse trientem centesimæ [*Quatre pour cent*].

(2) Usuræ non poterant excedere duplum sortis. Vid. infra N. 42.

(3) Ita quidem obtinet in Antichresi, *Propter incertum fructuum eventum.* Fieri enim potuisset ut nulli fructus nascerentur; quo casu nihil creditor pro Usuris petere potuisset. At quum citra Antichreseos pactum simpliciter convenit ut usuræ in fructibus retineantur; creditor nonnisi intra legitimarum usurarum modum fructus retinere potest: l. 8. ff. *In quib. caus. pign. tac.* Vid. supra lib. 20. d. tit. N. 25.

(4) Id est, usuras ultra legitimum modum: ut Cujacius interpretatur ex Basilic. Synops. LXVI. 3. et ex Harmenop. VII. 24. Vid. Cujac. Observ. III. 35.

(5) *Le tiers en sus.*

(6) Hac Constitutione Constantinus prohibet quominus creditores exactionem usurarum ultra legitimum modum hoc colore tueantur, quod res suas distrahere vilioris coacti sunt ut pecuniam mutuam darent: ita hanc legem interpretatur D. Noodt.

(7) Hæc vox abundat. Legendum est, *legitima tantum*, id est centesima tantum.

stipulatio valebit. Nam Placuit, sive supra statutum modum quis Usuras stipulatus fuerit, sive Usurarum usuras; quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi; et licitas peti posse. *l.* 29. MARCIAN. LIB. 14. INSTITUT.

Multo magis debebitur sors. Hinc Paulus : Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat; cæterum sortem non vitiare. *l.* 20. PAUL. LIB. 12. AD SABIN.

Speciale ergo est Jus ex Novellis XXXII et XXXIV introductum ; ut creditor qui mutuum agricolis dando modum Usurarum his Novellis præscriptum excesserit, exactione omnis crediti cadat.

XXXV. *Quod in Usuris legitimum modum excedit, nec naturaliter debetur : unde nec pro eo pignus tenetur.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Pretii rerum distractarum quas venales præcedente mandato acceperas, ultra licitum Usuras ex stipulatione vel mora præstare, licet pignora data probentur, compelli non potes. *l.* 19. *Cod. Mandati.*

Pari ratione, nec fidejussores mandatoresve tenentur pro eo quod excedit legitimum Usurarum modum.

Hinc Philippus : Constitutionibus sacris quæ ultra certum modum Usuras fenebris pecuniæ exigi prohibent, mandatoribus etiam vel fidejussoribus subventum est : quibus quasi mandator vel fidejussor conventus uti potes. *l.* 20. *Cod. h. t.*

XXXVI. *Cum Usuræ quæ legitimum modum excedunt, nec naturaliter debeantur ; hinc est quod, si solutæ fuerint, repetuntur.*

Unde Ulpianus : Supra duplum autem Usuræ (1), et Usurarum usuræ, nec in stipulatum deduci nec exigi possunt; et solutæ repetuntur, quemadmodum futurarum Usurarum usuræ. *l.* 26. § 1. *ff. de Condict. indeb.* ULP. LIB. 26. AD ED.

Si tamen sors nondum soluta esset, magis debent in eam imputari. Hinc idem ait : Si non sortem quis sed Usuras indebitas solvit, repetere non poterit si sortis debitæ solvit. Sed si supra legitimum modum solvit; Divus Severus rescripsit (quo Jure utimur) Repeti quidem non posse, sed sorti imputandum : et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse (2).

Proinde et, si ante sors fuerit soluta, Usuræ supra legitimum modum solutæ quasi sors indebita (3) repetuntur. Quid si simul solverit? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere. *d. l.* 26.

Denique rescripsit Philippus : Indebitas Usuras, etiamsi ante sortem solutæ non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint; licet post sortem redditam creditori fuerint datæ; exclusa veteris Juris varietate (4) repeti posse, perpensa ratione firmatum est. *l.* 18. *Cod. h. t.*

XXXVII. *Illicita quidem pœna est non solutæ sortis, usurarum immodicarum exactio; debetque ad legitimum modum reduci.*

Hæc autem maxime licita pœna est, quæ deficiente solutione, obligationem propter spem solutionis ex parte remissam restituit; ut in specie sequenti.

Emptor prædii viginti caverat se soluturum; et stipulanti spoponderat. Postea venditor cavit sibi convenisse ut contentus esset tredecim; et, ut ea intra præfinita tempora acciperet. Debitor ad eorum solutionem conventus, pactus est, si ea soluta intra præfinitum tempus non essent, ut ex prima cautione ab eo petitio esset. Quæsitum est an, cum posteriore pacto satisfactum non sit, omne debitum ex prima cautione peti potest? Respondi, Secundum ea quæ proponerentur, posse. *l.* 47. *ff. de Pactis.* SCÆVOLA LIB. I. DIGEST.

§ 3. *Ex quo et in quod tempus currant Usuræ conventionales, et quomodo sistantur.*

XXXVIII. *Currunt Usuræ conventionales ex die conventionis, nisi ex certa die aut conditione promissæ sint.*

Frequenter autem ita promittuntur, SI SORS SOLUTA NON FUERIT; *vel majores promittuntur.* SI MINORES DE QUIBUS PRIUS CONVENIT NON FUERINT SOLUTÆ. *Videntur autem his casibus promissæ sub conditione, si debitor in mora fuerit; nec nisi ex die moræ currunt.*

Hinc Antoninus : Si per te non stat quominus intra tempora præfinita pecuniam minorum solveres Usurarum, sed per tutores filiorum creditoris qui eam accipere noluerunt; idque apud judicem datum probaveris; ejus temporis quo per te non stetisse apparuerit, Usuræ majores non exigentur (5). *l.* 9. *Cod. h. t.*

Idem definit Scævola in specie sequenti; in qua supponendum est Usuras fuisse promissas, si sors non solveretur.

Seia heres unius tutoris, cum herede pupillæ

(1) Vid. supra N. 30. Not. (2).

(2) Cum enim quod ante solutum fuisset supra usurarum modum, sortis obligationem ipso Jure minuisset; debitor qui postea sortem totam solvit, plus quam quod debet, solvit : adeoque repetitioni locus est.

(3) Non minus repetuntur quam quum *sors indebita* solvitur. Erat tamen dubitandi ratio. Vid. Not. seq.

(4) Eo casu quo usuræ supra modum solutæ essent postquam jam sors soluta fuisset, fuerat Juris varietas. Alii existimabant repetitioni locum esse non posse; quia hæc usurarum solutio sorti imputari non posset, cum eo tempore usuræ solutæ essent quo jam sors soluta esset et deberi desiisset : adeoque nec quicquam ex sorte repeti poterat, nec ipsæ usuræ repeti posse videbantur, quia pœnarum solutarum non est repetitio : l. 42. ff. *de Condict. indeb.* Alii contra, etiam eo casu, id quod supra modum usurarum solutum esset, posse repeti censebant. Ex quarum sententiarum varietate varie Jus dictum fuerat : quam varietatem excludit Philippus, dum hoc suo Rescripto posteriorem sententiam confirmat.

(5) Supponendum est fuisse usuras majores promissas, si minores non essent solutæ.

transactione pacto solo facta, majorem partem solvit; residuam cavit (1). Sed illico negavit heres se transactionem servare; et apud judicem, TUTELÆ egit; et victus (2) provocavit ad competentem judicem : et ab eo quoque, ad Principem idem provocavit; et injusta hæc quoque provocatio ejus pronunciata est. Quæsitum est, cum per heredem pupillæ mora intercesserit quominus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur, necunquam petierit; an ei hodie debeantur Usuræ (3) ab herede tutoris? Respondit, Si Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, jure Usuras non deberi (4). *l.* 122. § 5. *ff. de Verb. oblig.* SCÆVOLA. LIB. 28. DIGEST.

XXXIX. *Currunt Usuræ in eum usque diem quo creditori solutum est aut ipse sibi solvit.*

V. G. In eum diem quo creditor pignora distraxit (5), recte Usuræ fiet reputatio. *l.* 40. PAUL. LIB. I. REGUL.

Cum autem obsignatio legitime facta pro solutione sit (ut videb. infra lib. 46. *Tit* de solution.) *consequens est ut sistat Usuras.*

Hinc Philippus rescribit : Acceptam mutuo sortem cum Usuris licitis, creditoribus post contestationem offeras. At si non suscipiant; consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum Usurarum inhibeatur (6). (In hoc autem casu PUBLICUM intelligi oportet, vel sacratissimas ædes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eos (7) disposuerit.) Quo subsecuto, etiam periculo debitor liberabitur : et jus pignorum tolletur; cum Serviana etiam actio manifeste declaret pignoris inhiberi persecutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit quominus solvantur. Quod etiam in trajectitiis servari oportet. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum, non adversus debitorem (nisi forte eas receperit), sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias (8). *l.* 19. *Cod. h. t.*

XL. *Ea demum autem obsignatio legitime facta videri potest; quam prævia oblatione debitori facta, si præsens erat, aut (si absens) adito judice quis fecit.*

Hinc Antoninus rescribit : Si creditrici quæ ex causa pignoris obligatam sibi rem tenuit, pecuniam debitam cum Usuris testibus præsentibus obtulisti; eaque non accipiente, obsignatam eam deposuisti : Usuras ex eo tempore quod obtulisti, præstare non cogeris. Absente vero creditrice Præsidem super hoc interpellare debueras. *l.* 6. *Cod. h. t.*

Si hoc non observaverit creditor; obsignatio non sistit Usuras, cum non sit legitime facta.

Hinc Severus et Antoninus. Usuras emptor cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit; quamvis pecuniam obsignatam in deposito causam habuerit; æquitatis ratione præstare cogitur. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Item obsignatio non est legitime facta, nisi sit totius debiti. Quare partis obsignatio non sistit Usuras etiam hujus partis; scilicet nisi jus fuisset debitori particulatim solvere.

Hoc docet Modestinus. Ita ille : Lucius-Titius, quum centum et Usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit. Quæro an Titius pecuniæ quam obsignavit, Usuras præstare non debeat? Modestinus respondit, Si non hac lege mutua pecunia data est uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti Usurarum præstationem; si quum creditor paratus esset totum suscipere, debitor qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit. *l.* 41. § 1. MODEST. LIB 3. RESPONS.

Observandum etiam quod licet obsignatione tollatur obligatio, tamen si debitor qui pecuniam obsignavit eam receperit; et postea conventus, in ea præstanda moram faciat, restituitur obligatio qualis erat : adeoque, si usuraria erat, denuo incipient Usuræ currere. Sic accipe quod ait Papinianus : Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit; et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit. Ex eo die ratio non habebitur Usurarum. Quod si postea conventus ut solveret, moram (9) fecerit; nummi steriles ex eo tempore non erunt. *l.* 7. PAPIN. LIB. 2. RESPONS.

XLI. *Non solum solutio realis, sed et civilis sistit Usuras; ut acceptilatio et novatio. Hinc sicut* Novatione legitime facta liberantur hypothecæ et pignus (10); Usuræ non currunt. *l.* 18. *ff. de Novat.* PAUL. LIB. 57. AD ED.

(1) Id est, residuam promisit, stipulatione interposita, necnon usuras *si sors non esset soluta :* quod supponendum, ut mox videbimus.

(2) Propter exceptionem *Pacti*, qua exclusus est ab actione *Tutelæ*.

(3) Hujus reliquæ pecuniæ in stipulationem deductæ.

(4) Nec enim unquam currere cœperunt, cum semper Seia parata fuerit solvere. Male igitur ex hac lege colligere videtur Cujacius oblationem sistere usuras quæ debentur ex mora citra conventionem. Nam non debentur ex mora citra conventionem, nisi in bonæ fidei judiciis. In hac autem specie non est actio bonæ fidei, ex qua potuerint usuræ ex mora deberi. Nam judicatum fuit actionem *Tutelæ* esse exclusam per exceptionem *Transactionis :* et sola proinde superat actio *Ex stipulatu* quæ stricti Juris est, in qua usuræ non veniunt nisi in stipulationem fuerint deductæ. Dicitur autem eas non deberi, si Seia non cessasset in obligatione sortis; quia supponendum est eas promisisse [ut frequenter fit] sub hac conditione, si sortem non solveret : quæ conditio non videtur existere quandiu non cessavit in oblatione sortis.

(5) Scilicet et ex pretio pignorum debitum recepit.

(6) Sola igitur oblatio, si obsignatio non sequatur, eas non sisterat.

(7) Supple, *nummos*.

(8) *Actione competente contra ipsas pecunias*, id est, adversus possessorem earum pecuniarum obsignatarum.

(9) Supponendum est, debitorem pecuniam quam consignaverat recepisse : alioquin non posset conveniri ut solveret, utpote per obsignationem liberatus. Vid. supra N. 39.

(10) Vid supra lib. 20. Tit. *Quib. mod. pign. solvit.* N. 7.

Hoc tamen non trahe ad novationem improprie dictam, quæ fit per litis contestationem. Nihilominus enim Lite contestata (1), Usuræ currunt. *l.* 35. Ibid.

Similiter Severus et Antoninus : Judicio cœpto, Usurarum stipulatio non est perempta. Superest igitur ut debitorem ejus temporis quod non est in judicium deductum, convenire possis (2). *l.* 1. *Cod. de Judic.*

Simili ratione Quum stipulati sumus pro Usuris legitimis pœnam in singulos menses si sors soluta non sit; etiamsi sortis obligatio in judicium sit deducta, adhuc tamen pœna crescit; quia verum est solutam pecuniam non esse. *l.* 90. *ff. de Verb. oblig.* Pompon. lib. 3. ex Plaut.

Exceptio triginta et quadraginta annorum quæ sortis petitionem excludit, Usurarum etiam petitionem excludit; non in futurum solum, sed et præteriti temporis : ut constituit Justinianus in l. 26. Cod. h. tit.

XLII. *Denique sistuntur Usuræ quum sortem duplicare cœperint. Cæterum* Usuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam Usuræ non exiguntur, quoties tempore solutionis summa Usurarum excedit eam computationem (3). *l.* 10. *Cod. h. t.* Antonin.

Ex nova autem Justiniani Constitutione, Usuræ minutim et per intervallum solutæ cum duplo compensantur; etiamsi non universæ simul solutæ fuerint. *l.* 29. *Cod. h. t.*

XLIII. *Ex dictis intelligere est, Usuras conventionales non ex eo solo sisti quod oblatione debiti creditor in mora accipiendi constitutus fuerit. Sed oportet ut sequatur obsignatio, ut ex textibus supra allatis satis liquet.* ll. 6. 9, et 19. Cod. h. t.

Quidam Interpretes (inter quos Cujacius) contractum Antichreseos quo fructus pignoris vice Usurarum percipi placuit, ab hac regula exceptum ex Rescripto Antonini, recte censent. Quanquam alii hoc Rescriptum de oblatione quam obsignatio secuta est, intelligant. Ita autem rescribit Antoninus. Ex prædiis pignori obligatis creditor, post oblatam sibi jure (4) pecuniam quam non suscepit, si fructus accepit; exonerari sortis debitum certum est. *l.* 11. *Cod. h. t.*

Excipiendæ pariter Usuræ sub ea conditione promissæ, si in sortis aut etiam in minorum Usurarum solutione cessatum fuerit : ut vid. supra. N. 38.

§ 4. *De remissione Usurarum.*

XLIV. *Usuræ ex tempore diuturno quo exactæ non sunt, præsumuntur remissæ.*

Enimvero Divus Pius ita rescripsit : « Parum » juste præteritas Usuras petis, quas omisisse te » longi temporis intervallum indicat; qui eas a » debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet » esses, petendas non putasti ». *l.* 17. § 1. Paul. lib. sing. de Usuris.

Usuras diuturno tempore non exactas, præsumi condonatas docet pariter Papinianus in specie sequenti. Vir Usuras promissæ dotis in stipulatum deduxerat, easque non petierat. Cum per omne tempus matrimonii sumptibus suis uxorem et ejus familiam vir exhiberet, dote prælegata, sed et donationibus verbis fideicommissi (5) confirmatis; legato quidem dotis Usuras non contineri videbatur, sed titulo donationis (6) remissas. *l.* 54. *ff. de Donat. int. vir. et uxor.* Papin. lib. 8. respons.

XLV. *Similiter creditor qui diuturno tempore minoris his de quibus convenerat, Usuras percepit; hoc quod plus est remisisse intelligitur.*

Hinc Severus et Antoninus rescribunt. Adversus creditorem Usuras majores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio. Secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis, majores petentes ex cautione; si probaveritis semper quincunces (7) amitam pupillorum vestrorum, quæ majores caverat, dependisse. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Item Antoninus. Quamvis Bassa, quum pecuniam mutuam acciperet, minores Usuras Menophaoi spopondit; et, nisi intra certum tempus eas solvisset, ampliores (licitas tamen) promisit : tamen si post tempus cautioni præfinitum creditor easdem accepit, nec majores sibi dari postulavit; ac per

(1) Nam litis contestatio novam *Judicati* obligationem magis superinducit veteri obligationi, quam veterem obligationem extinguit. Cum igitur duret vetus obligatio, pergunt usuræ currere.

(2) Stipulator agendo *Ex stipulatu*, judicio accepto deducit in judicium sortem et usuras quæ ad tempus accepti judicii cucurrerunt : nihilominus currunt post tempus accepti judicii; et superest ipsi actio qua possit debitorem convenire de his usuris quæ post tempus accepti judicii cucurrerunt, et non sunt in judicium deductæ.

(3) Id est, excedit summam sortis : puta, si centum mutuata sint, sistuntur usuræ quum usurarum quantitas efficit altera centum. Ita recte Molinæus in Tract. *Commerc. et usur.*

(4) Evincere vult ex hoc verbo D. Noodt, at hæc lex accipiatur de oblatione quam obsignatio secuta est. Verum quomodo intelliges quod dicitur, fructus postea perceptos in sortem imputari? Quomodo enim imputarentur in sortem quæ obsignatione esset soluta? Quare mallem hanc legem accipere de oblatione simplici : quam dicit Imperator *jure* factam, quia debet esse ejus quod offerri debuit, et ei cui offerri debuit, facta.

(5) Donationes inter virum et uxorem egebant ab confirmatione expressa ante Senatusconsultum paulo ante mortem D. Severi factum, de quo infra lib. 24. Tit. *de Donat. int. vir et ux.* Part. 3.

(6) Quæ donatio præsumitur ex eo quod illas per omne tempus matrimonii non petiisset.

(7) *Cinq pour cent.*

hoc non recessisse cum a minorum præstatione probari potest; eas Usuras computari oportet, quarum in exactione creditor perseveravit. *l.* 8. *Cod. h. tit.*

Ita demum tamen debitor uti potest pacto expresso vel tacito quo imminutus est Usurarum modus, si ipse pacto steterit et in minoribus Usuris solvendis moram non fecerit.

Hinc Scævola : Qui semisses Usuras promisit, per multos annos minores præstitit. Heres creditoris semisses petit. Cum per debitorem non steterit quominus minores solvat; quæro an exceptio Doli vel Pacti obstet? Respondi, Si exsolvendis ex more Usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit (1); posse secundum ea quæ proponerentur, obstare exceptionem. *l.* 13. SCÆVOLA LIB. I. RESPONS.

ARTICULUS II.

De Usuris quæ citra conventionem debentur.

Usuræ debentur citra conventionem in quibusdam contractibus aut quasi-contractibus, ex mora; in quibusdam etiam ante moram, ex natura causæ debiti; in quibusdam ex privilegio personæ creditoris. De his singulis agendum est; videndumque quis sit modus earum Usurarum quæ citra conventionem debentur, et quando sistantur.

§ 1. *In quibus contractibus aut quasi-contractibus Usuræ citra conventionem debeantur ex mora.*

XLVI. In bonæ fidei contractibus ex mora Usuræ debentur (2). *l.* 32. § 2. MARCIAN. LIB. 4. REGUL.

Scilicet ex mora principalis debitoris, non eorum qui accesserunt ejus obligationi.

Hinc statim subjicitur : Quid ergo, si et filiusfamilias, et pater ex persona ejus teneatur; sive jussu ejus contractum est, sive in rem versum est patris, vel in peculium; cujus persona circa moram spectabitur? Et si quidem pater duntaxat convenietur, ex mora sua non tenetur (3) : in filium tamen dabitur actio in hoc ut, quod minus a patre actor consecutus est, filius præstet. Quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum, vel cum patre duntaxat De peculio, habebit (4). *d. l.* 32. § 3.

Similiter in legatis et fideicommissis ex mora debebuntur Usuræ. Enimvero Usuræ vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari. Et ita in legatis (5) et fideicommissis, et in Tutelæ actione, et in cæteris judiciis bonæ fidei servatur (6). Hoc idem igitur in cæteris obventionibus dicemus. *l.* 34. ULP. LIB. 15. AD ED.

XLVII. *Idem obtinet ex Rescripto Severi et Antonini in pecunia debita Reipublicæ ex causa pollicitationis ob honorem decretum alinmve justam causam : ut videb. Tit.* de Pollicit. *infra lib.* 50.

Hoc non trahe ad cæteras liberalitates quæ erga Rempublicam fiunt. Nam Liberalitatis in Rempublicam factæ, Usuræ non exiguntur. *l.* 16. PAUL. LIB. I. DECRET.

XLVIII. *A regula quam statuimus, Usuras ex mora deberi, excipiendus est fiscus; qui licet eas ab aliis recipiat; ipse ab iis præstandis immunis est : scilicet quum ipse contraxit.* Quum autem in locum privati successit, etiam dare solet. *l.* 17. § 5. ¶ *fin.* PAUL. LIB. SING. DE USURIS.

Eodem privilegio non gaudent civitates. Nam Etiam Respublica fideicommissi post moram Usuras præstare cogitur. *l.* 78. § 2. *ff. de Legatis* 2.° PAPIN. LIB. 9. RESPONS.

Obiter nota : Sed damnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit qui post dictam Sententiam judicatum solvere supersederunt. Nec aliud servabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit : ignaviam etenim prætendentes audiri non oportere. Quod in tutoribus quoque probatur. *d.* § 2.

Scholium.

Quod spectat ad judicia stricti Juris, constat Usuras non deberi ex mora. Sed nec eas ex die litis contestatæ deberi crediderim : hoc enim nullo textu probari potest, et alia est ratio Usurarum quam fructuum.

(1) Ergo si moram fecit, non potest debitor uti exceptiona Pacti; qui ipse pacto non stetit, dum moram facit in solvendis minoribus usuris. Ita Cujac. ad h. l. Alitee hanc legem intelligit Petrus Fabee in *Semestr.* legitque *cum per debitorem non steterit quominus* MAJORES SOLVAT, pro *quominus minores ;* ut *sensus* sit, its ex præstatione minorum usurarum hoc pactum præsumi, si debitori pacto majores ex peima conventione præstare creditor indolserit ut minores præstaret. Hæc emendatio D. Schultingio placet.

(2) D. Noodt recte censet hoc primum excogitatum fuisse a Labeone in actione PRO SOCIO, ut usura ex mora deberetue : et quidem non ut usura, sed sub specie ejus quod interesset; ut refert Pomponius in l. 60 ff. *Pro Socio :* jure fraternitatis quod exactissimam intee socios æquitatem suadet, ita exigente; quæ æqualitas violaretue, si alterum alteri in reddenda parte pecuniæ communis moram facere impune liceret. Cæterum ex eo quod subjicitur in d. l. 60. *talem æstimationem non faciendam ex facto heredis*, colligit idem Noodt, tempore Labeonis ipsiusque Pomponii nondum obtinuisse ut in cæteris bonæ fidei judiciis [quale est judicium *Communi dividundo*, quo cum socii herede agi potest] usuræ ex mora deberentur; sed hoc demum postea constitutum esse ab aliquo Imperatore : arg. l. 24. ff. *Depositi*, l. 12. § 9. ff. *Mandati*, et l. 37. h. t. ubi dicitur hoc *constitutum esse.* Hujus Constitutionis auctorem suspicatue. D. Noodt esse D. Pium.

(3) Scilicet *non tenetur ex mora sua* patee in usuras.

(4) Actionem tam in sortem quam in usuras quæ ex mora filii, qui principalis debitor est, debentur.

(5) Non quod actio *Ex testamento* sit bonæ fidei : nam stricti juris eam esse constat ex l. 7. ff. *De eo quod cert. loc.* Sed quoad hanc usurarum causam, est instar actionum boo[illegible]dei. Vid supra N. 15.

(6) In judiciis autem stricti Juris, usuræ vicem fructuum non obtinent. Vid. supra N. 20. Not. (2).

§ 2. *De Usuris quæ citra conventionem debentur, aut ex natura contractus etiam ante moram, aut ex privilegio creditoris.*

XLIX. *Nonnullæ sunt bonæ fidei actiones in quibus etiam citra moram, ex natura contractus seu causæ ex qua debetur, Usuræ officio judicis veniunt.*

Exemplum habes in actione Pro Socio : *ut vid. supra lib.* 17. *d. tit. N.* 44.

Item Papinianus : Circa tutelæ restitutionem pro favore pupillorum latior (1) interpretatio facta est. Nemo enim ambigit hodie (2), sive judex accipiatur, in diem Sententiæ; sive sine judice tutela restituatur, in eum diem quo restituit; Usuras præstari. *l.* 1. § 3. PAPIN. LIB. 2. QUÆST.

Similiter in actionibus Negotiorum gestorum *et* Mandati *tam directis quam contrariis, Usuras interdum citra moram præstari vidimus supra suis locis.*

Vidimus pariter venditori Usuras pretii deberi citra moram, ex quo res tradita est. Tit. de Act. Empti. *Part.* 2.

L. *Interdum etiam privilegium personæ creditoris tributum, per se citra conventionem, parit Usuras.*

Tale privilegium habet fiscus. Enimvero Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit; ut solet a foricariis (3) qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus. *l.* 17. § 5. PAUL. LIB. SING. DE USURIS.

Nec solum quum ipse contraxit, sed ex quo in jus alterius successit, istæ Usuræ ei debentur. V. G. Si debitores qui minores semissibus præstabant Usuras, fisci esse cœperunt; postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt præstare. *d. l.* 17. § 6.

At vice versa is qui in locum fisci successit, ex eo tempore jure communi utitur.

Hinc Herennius-Modestinus respondit, Ejus temporis quod cessit postquam fiscus debitum percepit, eum qui mandatis a fisco actionibus experitur (4), Usuras quæ in stipulatum deductæ non sunt, petere non (5) posse. *l.* 43. MODEST. LIB. 18. RESPONS.

LI. *Vidimus quando sive ex natura contractus, sive ex privilegio creditoris Usuræ debeantur. Non prius autem currere incipiunt quam is qui pro pretio alicujus rei pecuniam debet, eam rem acceperit.*

Hinc Cum usuræ pretii fundi ab eo qui a fisco emerat peterentur (6), et emptor negaret traditam sibi possessionem; Imperator decrevit iniquum esse Usuras ab eo exigi qui fructus non percepisset (7). *l.* 16. § 1. PAUL. LIB. 1. DECRETOR.

§ 3. *Quis sit modus Usurarum quæ citra conventionem debentur, et qua ratione veniant.*

LII. *Quis sit modus Usurarum quæ ex privilegio fisci debentur, obiter vidimus N.* 50. *semisses scilicet.*

Earum autem Usurarum quæ ex mora in bonæ fidei judiciis, aut ex natura contractus citra moram debentur, modus definitus non est. Unde Quum judicio bonæ fidei disceptatur; arbitrio judicis Usurarum modus, ex more regionis ubi contractum est, constituitur : ita tamen ut Legi non offendat. *l.* 1. PAPIN. LIB. 2. QUÆST.

Justinianus modum Usurarum quem circa Usuras conventionales definivit, in aliis omnibus casibus (8) *in quibus citra stipulationem exiguntur, observari vult.* l. 26. § 1. Cod. h. t.

LIII. *Cæterum hæ Usuræ non (ut conventionales) ex nova obligatione debentur, sed ex solo judicis officio apud quem de sorte agitur.*

Hinc de his Usuris dicitur quod, Pretii sorte licet post moram soluta, Usuræ peti non possunt; cum hæ non sint in obligatione, sed officio judicis præstentur. *l.* 49. § 1. *ff. de Act. Empt.* HERMOGENIAN. LIB. 2. JURIS EPITOMAR.

§ 4. *Quando sistantur Usuræ quæ citra conventionem debentur.*

LIV. *Cujacius et plerique existimant Usuras, quæ citra conventionem ex mora naturave contractus debentur, sisti statim atque creditor fuerit in mora accipiendi; quamvis obsignatio secuta non fuerit : et in ea re differre a conventionalibus. Hac autem potissimum ratione nituntur quod, cum Usuræ*

(1) Et in hoc est *latior*, quod non solum si tutor pecuniam pupillarem in usus suos converterit aut invaserit, sed semper donec eam solvat, ejus usuras etiam citra interpellationem debet.

(2) Verbum illud *hodie* referri putat D. Noodt ad Constitutionem Severi cujus mentio in l. 26. ff. *de Fideicomm. libert.*

(3) *Foricarios* Cujacius interpretatur eos qui latrinas publicas a Fisco conducunt certa mercede; ut ipsi minuta æra accipiant ab his qui in foro exonerare alvum voluerint. Horum meminit Juvenalis :

Conducunt Foricas, et cur non omnia?
Satyr. 3.

(4) Fingendum aliquem [puta, fidejussorem] hac lege Fisco quid solvisse, ut ipsi adversus reum principalem Fisci actiones mandarentur.

(5) Negatio deest in Codice Florentino. Sed eam agnoscunt Basilica, et Scholiastes Cyrill.

(6) Duo hic concurrebant ut usuræ deberi viderentur, natura contractus, et privilegium creditoris.

(7) Id est, cui res tradita non esset. Hæc etiam ratio addi potest, quod non possint currere usuræ priusquam sors possit exigi : non potest autem exigi pretium quandiu res non traditur.

(8) Videntur tamen adhuc deberi centesimæ a judicatis : l. 3. Cod. *de Usur. rei jud.* necnon a tutore et socio, qui pecuniam pupillarem aut societatis in proprios usus converterunt.

citra conventionem ex mora debitoris debeantur, ea debitoris mora per moram creditoris purgata debeant sisti; quasi jam cessante causa propter quam deberentur.

Alii censent Usuras quæ citra conventionem debentur, non magis sola oblatione sisti quam conventionales, nisi sequatur obsignatio. Etsi enim in plerisque judiciis demum ex die moræ debeantur, non tamen propter moram deberi.

Et quidem citra conventionem debentur Usuræ ejus pecuniæ quam tutor pupillo suo debet. Has tamen obsignatione demum sisti expresse docet Papinianus. Pupillum Plane si Tutelæ judicio nolentem experiri tutor ultro convenerit, et pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit; ex co tempore non præstabit Usuras. *l.* 1. § 3. *fin.* Papin. lib. 2. quæst.

Hoc adhuc magis disertis verbis docet Ulpianus, notas ad Marcellum scribens. Ait Marcellus : Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum ejus administratione abstinuit, Usuras præstare non debet ex quo obtulit pecuniam. (Quinetiam justius mihi videtur, eum per quem non stetit quominus conventus restitueret tutelam, ad præstationem Usurarum non (1) compelli). Ulpianus notat : Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco (2). *l.* 28. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* Marcell. lib. 8. digest.

LV. *Usuras quæ citra conventionem debentur, Sententia sistit pro eo induciarum tempore quod ex die Sententiæ condemnatis datur. Quod si judex omiserit condemnare in hujusmodi Usuras, etiam pro antecedenti tempore perimuntur.*

Sic enim rescribit Alexander : In bonæ fidei judiciis quale est Negotiorum etiam gestorum, Usurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est judicium Sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis Usuris, nec provocatio secuta est; finita retractanda non (3) sunt. Nec ejus temporis quod post rem judicatam fluxerit, Usuræ ullo jure postulantur; nisi ex causa judicati. *l.* 13. *Cod. h. t.*

Cessant igitur Usuræ post Sententiam : verum post elapsum tempus quod condemnatis concessum est, rursus currere incipiunt Usuræ quæ ex causa judicati debentur; de quibus vide infra lib. 42. *Tit.* de Re judic. *Sect.* 3. § 2.

Nec tamen judex judicii bonæ fidei recte jubebit interponi cautiones; ut si tardius sententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur Usuræ; cum in potestate sit actoris judicatum exigere. Paulus notat : Quid enim pertinet ad officium judicis post condemnationem, futuri temporis tractatus (4)? *l.* 1. § 2. Papin. lib. 2. quæst.

LVI. *Si provocatum fuerit; tempus quod judicatis datur, non currit nisi a die Sententiæ judicis qui appellatus est.*

Cæterum ad officium ejus pertinebit, si frustratoria appellatio fuerit, reum condemnare in usuras medii temporis inter utramque Sententiam.

Hinc in specie in qua Tutor condemnatus per appellationem traxerat executionem Sententiæ : Herennius-Modestinus respondit, Eum qui de appellatione cognovit potuisse, si frustratoriam morandi causa appellationem interpositam animadverteret, etiam de Usuris medii temporis eum condemnare. *l.* 41. Modest. lib. 3. respons.

Sed et si judex provocationis hoc omiserit; dabitur utilis actio ex priori Sententia quæ confirmata est, ad eas Usuras consequendas.

Hoc docet Scævola. Ita ille : Negotiorum gestorum condemnatus appellavit, et diu negotium tractum est. Quæsitum est, appellatione ejus injusta pronunciata, an quo tardius judicatum sit, Usuræ pecuniæ in condemnatum deductæ medii temporis debeantur? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, dandam utilem actionem. *l.* 64. *ff. de Re judic.* Scævola lib. 25. digest.

Et alibi rursus : Negotiorum gestor vel tutor vel curator bona fide condemnati appellaverunt; et diu negotium tractum est. Quæsitum est, appellatione eorum injusta pronunciata, an, quia tardius judicatum sit, Usuræ principalis pecuniæ medii temporis debeantur? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, dandam utilem actionem. *l.* 24. *ff. de Appell. et relat.* Scævola lib. 5. respons.

(1) Marcellus qui floruit sub Antonino-Pio, hoc scribebat secundum doctrinam sui temporis. Nondum enim erat receptum ut ipso Jure currerent usuræ ejus quod tutores Minoribus deberent.

(2) Contrarium non est quod definit Scævola in l. 112. § 5. ff. *de Verb. oblig.* supra N. 38. cum in ea specie oblatio facta non stetisset usuras, sed potius obstitisset quominus currere inciperent : ut vid. d. l. junctis Notis.

(3) Conventionales usuræ per se debentur : adeoque, quamvis sors in judicium deducta fuerit, petitio earum superest. Hæ vero cum ex solo judicis officio deberi possint; consequens est eas finito judicio perimi, si judex eas adjudicare omiserit.

(4) Atqui tamen passim in jure occurrit, ut judex jubest cautionem interponi de futuro tempore? Respondeo, ita quidem esse, quum causa ex qua de futuro tempore caveri jubet, ipsa existit, et in judicium deducta est; ut quum jam nata est obligatio, licet executio differatur. At in hac specie judex non potest jubere ut caveatur de Usuris rei judicatæ, quæ debebuntur ex cessatione solvendæ post inducias legitimas pecuniæ in condemnationem deductæ : quia causa ex qua debebuntur, nondum existit, et forte nunquam existet.

Nec obstat lex 1. Cod. *de Sent. quæ sine certa quant.* ubi dicitur : Contra formam Juris non esse Sententiam judicis qui legem dixerat *de pendendis usuris quoad pœna condemnationis soluta fuisset.* Ibi enim in usuras rei antea judicatæ, non in usuras præsentis Sententiæ condemnat.

TERTIA PARS.

De Mora tam debitoris quam creditoris.

Recte definitur Mora, Solutionis faciendæ vel accipiendæ injusta dilatio.

Ex hac definitione liquet duplicem esse Moram; nimirum Moram debitoris, et Moram creditoris. De utraque separatim agendum.

ARTICULUS I.

De Mora debitoris.

Circa Moram debitoris quæremus tantum, Quando fieri intelligatur, et quando purgetur. De ejus effectu late tractabitur infra lib. 46. *Tit.* de Solution. *quo remitto.*

§ 1. *Quando fieri intelligatur.*

LVII. *Regulariter* Mora fieri intelligitur, non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus (1) opportuno loco non solverit: quod apud judicem examinabitur. Nam (ut et Pomponius libro 12 Epistolarum scripsit) difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio-Balbo rescripsit: An Mora facta intelligatur, neque Constitutione ulla, neque Juris auctorum quæstione decidi posse; cum sit magis facti quam Juris. *l.* 32. MARCIAN. LIB. 4. REGUL.

Et non sufficit ad probationem Moræ, si servo debitoris absentis denuntiatum est a creditore procuratoreve ejus; cum etiamsi ipsi (inquit) domino denuntiatum est, cæterum postea, quum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia (2); non protinus per debitorem Mora facta intelligitur. *d. l.* 32. § 1.

LVIII. *Item* Sciendum est non omne quod differendi causa (optima ratione) fiat, Moræ annumerandum. Quid enim si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis; vel exceptio aliqua allegetur? Mora facta non videtur (*l.* 21. ULPIAN. LIB. 34. AD EDICT.): Si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur. *l.* 22. PAUL. LIB. 37. AD ED.

Sed et si Reipublicæ causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit? Moram facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse cœperit. *l.* 23. ULP. LIB. 34. AD ED.

LIX. *Item Moram facere non videtur, nisi qui justam causam habet propter quam intelligat se dare oportere.*

Hinc Pomponius: Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit quam per te factum erit quominus id mihi dares; tuum fore id detrimentum constat (3). Sed quum quæritur an per te factum sit; animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id necne, aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit necne; sed etiam si aliqua justa causa sit propter quam intelligere deberes te dare oportere. *l.* 5. *ff. de Reb. cred.* POMPON. LIB. 22. AD SABIN.

Hinc Si quis solutioni quidem Moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit; non videtur fecisse Moram: utique si juste ad judicium provocavit. *l.* 24. PAUL. LIB. 37. AD ED.

Hinc Scævola libro 9 Digestorum respondit,

Paratum judicium accipere, si ab adversario cessatum est, Moram facere non videri. *l.* 47.

Item Julianus: Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur Moram facere. *l.* 63. *de Reg. Juris.* JULIAN. LIB. 17. DIGEST.

Puta, si ad judicium provocet ut rationes excutiantur, appareatque quantum debeat. Nam NON POTEST improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat. *l.* 99. *d. tit.* VENULEIUS LIB. 12. STIPULATIONUM.

Quod si perperam et calumniandi causa quis ad judicium provocet, Moram facit: ut in specie sequenti. Maritus uxori suæ usumfructum tertiæ partis, et, quum liberos habuisset, proprietatem legavit. Eam uxorem heredes falsi testamenti et aliorum criminum accusaverunt: quare impedita est legatorum petitio. Interea et filius ei mulieri natus est eoque conditio legati extitit. Quæsitum est, cum testamentum falsum non esse apparuerit; an fructus etiam mulieri præstari debeant. Respondit, præstandos (4). *l.* 48. SCÆVOLA LIB. 22. DIGEST.

(1) An quum dies certus solutioni dictus est, solus ejus lapsus pro interpellatione sit et constituat in Mora, lis est inter Interpretes. Affirmant Donellus, Robertus, et alii; hoc argumento quod ex solo diei lapsu committatur stipulatio pœnalis [Tit. *de Verb. oblig.*] itemque lex commissoria, supra Tit. *de Lege commiss.* N. 2. Dissentiunt Ferret, Bachovius, etc.

(2) Hinc cave concludas requiri repetitas interpellationes, ut debitor constituatur in Mora. Hoc tantum dicit, Moram non videri factam, si debitore qui interpellatus est copiam sui faciente, ostendi possit aliquo argumento creditorem destitisse ab *instantia petendi debiti.* Ita Wissenbach.

(3) Pœna Moræ hæc est, ut ex Mora res sit periculo debitoris.

(4) Fructus rei legatæ debentur ex Mora. Videntur autem heredes mulieri Moram fecisse, dum per calumniam litigaverunt.

LX. *Maxime autem Mora facta intelligi non potest, ab eo a quo exigi non potest.*

Nam Nulla intelligitur Mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. *l.* 88. *de Reg. Juris.* Scævola lib. 5. quæst.

Hinc idem Scævola apud Julianum libro 22 Digestorum notat.

Si pactus sim ne Stichum qui mihi debebatur, peterem; non intelligitur Mora mihi fieri: mortuoque Sticho, puto non teneri reum qui ante pactum Moram non fecerat. *l.* 54. *ff. de Pact.*

Hinc Si promissor hominis ante diem in quem promiserat interpellatus sit, et servus decesserit; non videtur per eum stetisse. *l.* 49. § 3. *ff. de Verb. oblig.* Paul. lib. 37. ad Ed.

Hinc Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat, et fidejussorem dedit; servus autem post Moram a pupillo factam decedat: nec fidejussor erit propter popilli Moram obligatus. Nulla enim intelligitur Mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. Esse autem fidejussorem obligatum (1) ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea. *l.* 127. *ff. de Verb. oblig.* Scævola lib. 5. quæst.

LXI. *Observandum etiam quod, sicut pupillus sine tutore obligari non potest, ita nec sine eo Moram contrahere potest.*

V. G. Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum Mora fieri, ut mortuo eo teneatur; nisi tutore auctore, aut solus tutor interpelletur. *l.* 24. *ff. de Verb. oblig.* Paul. lib. 9. ad Sabin.

LXII. *Cæterum ut quis Moram contrahere videatur, nil refert cui Moram faciat.*

Nam Mora videtur creditori fieri, sive ipsi, sive ei cui mandaverat, sive ei qui negotia ejus gerebat, Mora facta sit. Nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri: sicuti quum quis furtum mihi facientem deprehendit; negotium meum agens, Manifesti furti actionem mihi parat: item quum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem (2). *l.* 24. § 3. Paul. lib. 37. ad Edict.

LXIII. *Vidimus quomodo ex persona Mora contrahatur.*

Aliquando etiam in re Moram esse decerni solet, si forte non extat qui conveniatur (3). *l.* 23. § 1. Ulpian. lib. 34. ad Ed.

Item In Minorum persona, re ipsa et ex solo tempore tardæ pretii solutionis, recepto Jure Moram fieri creditum est; in his videlicet quæ Moram desiderant, id est, in bonæ fidei contractibus, et fideicommissis et legatis. *l.* 3. *Cod. In quib. caus. integr. rest.* Dioclet. et Maxim.

Hæc autem Mora improprie dicta cessat ex quo Minores legitimam ætatem impleverunt; desinuntque usuræ currere donec Mora propria dicta interveniat.

Hoc docet Papinianus. Ita ille: Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellæ, ex quo (4) Mora facta est, deberi respondi. Quamvis enim constitutum sit ut minoribus viginti quinque annis usuræ omnimodo (5) præstentur; tamen non pro Mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse ut perpetuo debeantur. *l.* 87. § 1. *ff. de Legatis* 2.° Paul. lib. 14. respons.

Ecclesiæ etiam et Nosocomiis in eo quod ipsis pie relictum est, Moram re ipsa fieri constituit Justinianus. l. 46. § 4. *Cod.* de Episc. et cler.

Ita demum autem his personis re ipsa Mora fit, nisi per debitorem non steterit quominus solveret.

Hinc Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri Moram per heredem factam Divus Pius rescripsit. Ergo nec ei debetur qui, quod Reipublicæ causa abfuit, vel ex alia causa justa impeditus ex qua restitutio indulgetur, petere non potuit. Quid enim potest imputari ei qui solvere, etiamsi vellet, non potuit? Nec simile videri posse quod placuit, Minoribus etiam in his succurri quæ non acquisierunt: Usuræ enim non propter lucrum petentium, sed propter Moram solventium infliguntur. *l.* 17. § 3. Paul. lib. sing. de Usuris.

§ 2. *Quando purgetur Mora.*

Debitoris Mora Purgatur, si ipse aut alius ejus nomine debitum creditori obtulerit; aut quomodocumque creditori ipse aut alius pro eo satisfecerit.

Hinc et si ipse aut alius creditori stipulanti promiserit quod debebat, purgat Moram. Quod duobus exemplis monstrasse sufficiat.

LXIV. *Primum exemplum.* Si Stichum dari stipulatus fuerim, et cum in Mora promissor esset quominus eumdem stipulatos fuero; definit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata. *l.* 8. *ff. de Novat.* Ulp. lib. 46. ad Sabin.

(1) Hinc liquet, licet pupillus sine tutoris auctoritate contrahat, subesse tamen naturalem pupilli obligationem si intelligebat quid ageret: sed ita ut quoad alios solum [puta quoad fidejussores] hæc obligatio spectetur, quantum ad ipsum vero non spectetur; adeo ut, si ex hac causa solverit, non ei obsit quominus possit ut indebitum condicere: ita D. Schulting. Aliter Cujacius, qui vult hic supponi oportere, pupillum locupletiorem factum.

(2) Hoc sensu, ut interitu hominis stipulatio non sit interitura: hic enim potissimus est moræ effectus; de quo videb. Tit. *de Solution.b.*

(3) Sed eo casu debet creditor hoc testatione complecti; id est, protestari se neminem reperire quem conveniat, ut hoc pro petitione cedat. arg. l. 2. ff *de Nautico fen.*

(4) Sensus est: postquam puella implevit ætatem 25. annorum, usuræ quæ currebant, amplius non current; nisi *ex quo* vera Mora ipsi fieret.

(5) Id est, citra interpellationem.

Hoc obtinet, licet defecerit conditio sub qua novandi causa promissum est; ut docet Marcellus. Ita ille: Quum Stichum mihi deberes, et in solvendo Moram fecisses; sub conditione eum promisisti, pendente ea Stichus decessit. Videamus an, quia novari prior obligatio non potest (1), petitio servi competat ea quæ competeret si non intercessisset stipulatio: Sed in promptu contradictio est, debitorem, cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse. Nam verum est eum qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari (2). *l.* 72. § 1. *ff. de Solut.* MARCELL. LIB. 20. DIGEST.

Sed quid si ignorante debitore, ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus; quemadmodum si quolibet nomine ejus servum offerente, stipulator accipere noluisset. *d. l.* 72. § 2.

LXV. *Alterum exemplum.* Idem responsum est, si quis (3) quum subreptus sibi servus esset, sub conditione stipulatus fuerit (4), QUIDQUID FUREM DARE FACERE OPORTET. Nam et fur Conditione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. *d. l.* 72. § 3.

Verum hoc non aliter obtinet quam si res præsens erat. Enimvero: Si tamen quum in provincia servus esset, intercesserit stipulatio; et finge, priusquam facultatem ejus nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum; non poterit rationi quam supra reddidimus, locus esse: non enim obtulisse eum, propter absentiam, intelligi potest. *d.* § 3.

§ 3. *De effectibus Moræ debitoris.*

Moræ debitoris effectus est 1.° *Ut pariat usuras, quum ex causis bonæ fidei pecunia debetur; ut vid. supra N.* 45.

2.° *Ut rei debitæ periculum quod regulariter spectat creditorem, transferat in debitorem; ita ut, si species debita post Moram interierit, debeatur ejus æstimatio: ut late videb. infra lib.* 40. *Tit.* de Solut. et liberat. *Part.* 4.

3.° *Ut rei fiat æstimatio quanti plurimi fuit ex die Moræ usque ad tempus rei judicatæ, si ex causa bonæ fidei debeatur; aut usque ad tempus accepti judicii, si ex causa stricti Juris: ut passim videre est in decursu Pandectarum.*

ARTICULUS II.

De Mora creditoris.

Creditor est in Mora, quum hoc quod debetur sibi oblatum non accipit. Et hac creditoris Mora purgatur Mora debitoris.

Cæterum vel recusat, vel tantum accipere differt tantisper ex justa causa.

§ 1. *De casu quo creditor accipere recusat.*

LXVI. *Hoc primo casu* Si debitor offerret pecuniam quæ peteretur, creditor nollet accipere; Prætor ei denegat actiones. *l.* 30. *ff. de Solut.* ULP. LIB. 51. AD ED.

Quod si creditor non petebat, sed, quum debitor ipsi ultro debitum extra judicium offerret, noluit accipere; hanc Moræ suæ pœnam patietur, ut rei oblatæ periculum eum spectet: adeo ut hujus rei interitu solvatur obligatio, quamvis ea res non determinate deberetur, sed alternative; aut etiam genus deberetur.

V. G. Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari. Quum Damam dares, ego quominus acciperem in Mora fui; mortuus est Dama. An putes me Ex stipulatu actionem habere? Respondit: Secundum Massurii Sabini opinionem puto, recte Ex stipulatu agere non posse. Nam is recte existimabat, si per debitorem Mora non esset quominus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari. *l.* 105. *ff. de Verb. oblig.* JAVOLEN. LIB. 2. EPISTOL.

LXVII. *Interest autem inter judicia stricti Juris et judicia bonæ fidei. Nam in prioribus, per exceptionem tantum debitori hoc casu liberatio contingit; in bonæ fidei judiciis, ipso Jure contingit.*

Hoc docet Marcellus. Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine culpa (5) sua perdiderit: Doli mali exceptione (6) potest se tueri; quanquam aliquando interpellatus non solverit. Etenim non est æquum teneri pecunia amissa, quia non teneretur si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto in id quo creditor accipiendo Moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote eumque obtulit maritus, et is servus decessit; aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit; ipso Jure (7) desinet teneri. *l.* 72. *ff. de Solut.* MARCELL. LIB. 20. DIGEST.

(1) Deficiente posterioris conditione: ut videb. Tit. *de Novat.* infra lib. 46.

(2) Videtur autem rem offerre, qui eam creditori quomodocumque stipulanti promittit.

(3) Dominus servi.

(4) Vel ab ipso fure vel ab alio.

(5) Hæc verba *sine culpa sua* glossema esse suspicatur D. Noodt. Debitorem enim post moram creditoris, dolum duntaxat præstare constat ex l. 9. ff. *Soluto matrim.* et latam culpam quæ dolo solet comparari. Vel legendum, *sine culpa summa.*

(6) Idem ait Paulus in l. 73. § fin. ff. *de Verb. oblig.* Javoleno autem et Sabino placuisse videtur liberationem etiam hoc casu fieri Ipso Jure: l. 105. *d. tit.*

(7) Supra per exceptionem *Doli* debitor se tuebatur: hic *ipso Jure* desinit teneri; quia actio *Rei uxoriæ* est inter judicia bonæ fidei.

§ 2. *De casu quo creditor accipere tantisper distulit.*

LXVIII. *Hoc casu periculum ad creditorem non pertinere docet Scævola in specie sequenti.*

Creditor oblatam a debitore pecuniam ut alia die accepturus distulit. Mox pecunia qua illa Respublica utebatur, quasi ærosa (1) jussu Præsidis (2) sublata est (3). Item pupillaris pecunia, ut possit idoneis nominibus credi servata, ita interempta est. Quæsitum est, cujus detrimentum esset? Respondi: Secundum ea quæ proponerentur, nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse. *l.* 102. *d. tit* SCÆVOLA. LIB. 90. RESPONS.

Hoc tamen ita obtinere crediderim, si creditor justa de causa accipere distulerit.

Hinc Africanus: Si soluturus pecuniam tibi, jussu tuo signatam eam apud nummularium quoad probaretur deposuerim; tui periculi eam fore Mela libro 10 scribit. Quod verum est; cum eo tamen, ut illud maxime spectetur an per te steterit quominus in continenti probaretur. Nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere, tu ex aliqua causa accipere nolles, in qua specie non utique semper tuum periculum erit. Quid enim si inopportuno tempore vel loco obtulerim? His consequens esse puto, ut etiamsi et emptor nummos, et venditor mercem (quod invicem parum fidei haberent) deposuerint; et nummi emptoris periculo sint, utique si ipse eum apud quem deponerentur elegerit; et nihilominus merx quoque, quia emptio perfecta sit. *l.* 39. *d. tit.* AFRICAN. LIB. 8. QUÆST.

(1) Quis plus æris in se haberet quam oportet [*de l'alliage*].

(2) Jure novo, Princeps hanc curam sibi servavit.

(3) Vernacule diceremus: *La Monnaie a été decriée.*

TITULUS II.

DE NAUTICO FENORE (1).

TRACTATIONI *de usuris recte subjungitur hic Titulus, qui* DE NAUTICO FENORE *seu de Nautico contractu agit: in quo hoc maxime speciale est, quod sub usuris ultra Centesimam licite pecunia credatur.*

§ 1. *De substantia contractus Nautici, et in quo consistat.*

I. *Contractus Nauticus seu* Trajectitiæ pecuniæ, *ille est quo pecunia alicui creditur; hac lege ut, si aut ipsa pecunia aut merces ex ea comparatæ navigatione perierint, periculum sit creditoris qui nihil hoc casu recepturus erit.*

De hoc contractu ita Modestinus: TRAJECTITIA ea pecunia est, quæ trans mare vehitur: cæterum si eodem loci consumatur, non erit trajectitia. Sed videndum an merces ex ea pecunia comparatæ in ea causa habeantur (2). Et interest, utrum etiam ipsæ periculo creditoris navigent (3): tunc enim trajectitia pecunia fit. *L.* 1. MODEST. LIB. 10. PANDECT.

Cæterum non præsumitur credita pecunia hac lege ut periculum sit creditoris, nisi de hoc convenisse manifestum sit.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Trajectitiæ quidem pecuniæ quæ periculo creditoris mutuo datur, casus, antequam ad destinatum locum navis perveniat, ad debitorem non pertinet. Sine hujusmodi vero conventione, infortunio naufragii debitor non liberabitur. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Quum autem hujusmodi conventio intervenit; In Nautica pecunia, ex ea die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat. *l.* 3. MODEST. LIB. 4. REGUL.

Illud autem demum periculum spectat creditorem, quod ex ipsa navigatione contingere potest; id est, ex maris discrimine.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Cum proponas te Nauticum fenus ea conditione dedisse, ut post navigium quod in Africam dirigi debitor asseverabat, in Salonitanorum portum nave delata fenebris pecunia tibi redderetur; ita ut navigii duntaxat quod in Africam destinabatur periculum susceperis: perque vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus, ea quæ navis continebat fiscum occupasse: amissarum mercium detrimentum quod non ex marinæ tempestatis discrimine, sed ex præcipiti avaritia et incivili debitoris audacia accidisse asseveratur,

(1) *Fenus* est usuræ species quæ ex conventione nascitur; ut observat D. Noodt. Refert autem ex Varrone Gellius XVI. 12. *Fenus* a fœtu dictum, *et quasi a fœtura quadam pecuniæ parientis atque increscentis.*

(2) Id est, an contractus pecuniæ trajectitiæ sit, non solum quum pecunia creditur, ut ipsa trans mare vehatur; sed et quum pecunia creditur, ut merces ex illa comparandæ trans mare vehantur.

(3) Nimirum eo casu quo is qui ad eas comparandas pecuniam accepit, pactus est ut pecuniam non redderet si merces navigatione perirent.

ascribi tibi Juris publici ratio non permittit. *l.* 3. *Cod. h. t.*

II. *Cum in hoc contractu navigationis periculum suscipiat creditor; hinc sequitur quod, pecunia credita vel mercibus ex ea comparatis naufragio amissis, ipso Jure liberetur debitor; adeoque pignora quæ pro hac obligatione dederit.*

Hoc docet Paulus in specie sequenti. Fenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando, quasdam merces in nave pignori accepit: ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque feneratoribus obligatarum, si quid superfuisset, pignori accepit. Quæsitum est, nave propria perempta ex qua totum solvi potuit; an id damnum ad creditorem pertineat, intra præstitutos dies amissa nave, an ad cæterarum navium superfluum admitti possit? Respondi: Alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet. Sed quum trajectitia pecunia ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit; ipsius crediti obligatio non existente conditione defecisse videtur. Et ideo pignorum quoque persecutio perempta est, etiam eorum quæ non sunt amissa, si navis intra præstitutos dies perisset; et conditionem stipulationis defecisse videri. Ideoque sine causa de pignorum persecutione quæ in aliis navibus fuerunt, quæri. Quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit? Scilicet tunc quum conditio extiterit obligationis, et alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum; vel si navis postea perierit quam dies præfinitus periculo exactus fuerit. *l.* 6. PAUL. LIB. 25. QUÆST.

§ 2. *Quæ contractui Nautico propria sint circa usuras.*

III. *Huic contractui hæc sunt propria.* 1.° *Ut quamvis sit stricti Juris, tamen ex eo usuræ ex nudo pacto debeantur.*

Hinc Paulus: In quibusdam contractibus etiam (1) usuræ debentur, quemadmodum (2) per stipulationem. Nam si dadero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam; dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere. *l.* 7. PAUL. LIB. 3. AD ED.

IV. 2.° *Huic contractui proprium est quod alibi ait idem Paulus:*

Trajectitia pecunia propter periculum creditoris, quandiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 14. § 3.

Ex Constitutione autem Justiniani, Centesima quam in cæteris contractibus interdixit, in hoc contractu permittitur; gravior autem prohibetur. l. 26. *Cod.* de Usur.

Usuræ autem illæ legitimis graviores in hoc contractu permittuntur in hoc solum tempus quo navis navigat, seu quo periculum respicit creditorem.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Trajectitiam pecuniam quæ periculo creditoris datur, tandiu liberam esse ab observatione communium usurarum quandiu navis ad portum appulerit, manifestum est. *l. Cod. h. t.*

A fortiori his immodicis usuris locus non erit, si non ea lege contractum est ut periculum creditorem respiceret.

Hinc iidem rescribunt: Cum dicas te pecuniam ea lege dedisse, ut in Sacra Urbe tibi restitueretur; nec incertum periculum quod ex navigatione magis metui solet, ad te pertinuisse profitearis: non est dubium, pecuniæ creditæ ultra licitum modum te usuras exigere non posse. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

Hinc Papinianus: Nihil interest, trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit. Utrobique igitur majus legitima usura fenus non debebitur. Sed in priore quidem specie, semper; in altera vero, discusso periculo: nec pignora, vel hypothecæ, titulo majoris usuræ tenebuntur (3). *l.* 4. PAPIN. LIB. 3. RESPONS.

§ 3. *De stipulatione pœnali, quæ solet adjici contractui Nautico.*

V. *Moris fuit in hoc contractu stipulari pœnam, in eum casum quo in solutione mora fieret, servo creditoris ad requirendam pecuniam misso.*

Circa hanc pœnam observandum quod, Pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ (4) non ultra duplum debetur. *d. l.* 4. § 1.

Item In stipulatione fenoris post diem periculi separatim interposita; quod in ea legitimæ usuræ

(1) Supple, *ex pacto*: quæ verba excidisse ex textu, et restituenda esse recte observat D. Noodt.; ut ratio contextus demonstrat.

(2) Id est, æque ac si intervenisset stipulatio.

(3) Non solum exigi non poterunt majores usuræ; sed nec poterunt servari per retentionem.

(4) Credidi mercatori pecuniam trajectitiam; mihi, si navis salva ad portum Corinthi perveniret, reddendam: misi servum qui eam reciperet; et certam summam stipulatus sum in singulos dies quibus ei mora fieret, pro operis hujus servi quibus ob hanc moram interim careret. Hæc summa non potest deberi ultra *finem Centesimæ*, nec ultra duplum sortis; quia in illud tempus promittitur quo pecuniæ periculum non jam spectat creditorem. Porro pro eo demum tempore quo periculum ad eum spectat, potest usuras ultra legitimum modum consequi.

deerit, per alteram stipulationem operarum (1) supplebitur. *d. l.* 1. ¶ *fin.*

Hæc pœnalis stipulatio committebatur, non solum si debitor a servo ad requirendum misso interpellatus noluisset solvere : verum etiam, Si trajectitiæ pecuniæ pœna (uti solet) promissa est; quamvis eo die qui primus solvendæ pecuniæ fuerit, nemo vixerit (2) qui eam pecuniam deberet; tamen perinde committi potest pœna ac si fuisset heres debitoris. *l.* 9. Labeo lib. 5. ΠΙΘΑΝΩΝΑ Paulo epitomatoa.

Hoc tamen sic accipe, ut hoc casu protestatio desideretur quæ vice interpellationis sit. Nam Labeo ait; Si nemo sit qui a parte promissoris interpellari trajectitiæ pecuniæ possit; id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet. *l.* 2. Pompon. lib. 3. ex Plautio.

Illud evidens est quod Servius ait, Pecuniæ trajectitiæ pœnam peti non posse, si per creditorem stetisset quominus eam intra certum tempus præstitutum accipiat. *l.* 8. Ulp. lib. 77. ad Ed.

§ 4. *De aliis contractibus mutui, contractui Nautico affinibus.*

VI. *Quæ de contractu trajectitiæ pecuniæ diximus, trahi possunt ad quamvis aliam speciem mutui in quo creditor pecuniæ mutuo datæ periculum in alicujus conditionis eventum suscipit.*

Hinc Scævola : Periculi pretium est (3) et si, conditione quamvis pœnali non (4) existente, recepturus sis quod dederis; et insuper aliquid præter pecuniam : si modo in aliam (5) speciem non cadat; veluti ea ex quibus Conditiones (6) nasci solent; ut, Si manumittas (7), si non illud facias, si non convaluero, et cætera. Nec dubitabis (8) : si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniæ dederim, ut, si cepisset, redderet (9); et athletæ unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet. *l.* 5. Scævola lib. 6. respons.

VII. In his autem omnibus (10), et pactum (11) sine stipulatione ad augendam obligationem prodest. *d. l.* 5. § 1.

(1) Sensus est : si usuras stipulatus sum pro eo tempore quod curreret ex quo navis advenisset, donec mihi pecunia redderetur : et præterea altera stipulatione certam pœnam in singulos dies quibus servo meo mora fieret : hoc casu, si una ex his stipulationibus minus Centesima sim stipulatus, potero quod deerit ex altera stipulatione consequi; cæterum non potero consequi ex utraque ultra legitimam usuram.

(2) Nimirum fuerit jacens debitoris hereditas.

(3) Id est, recte, quasi periculi quod creditor in se suscipit, pretium constituitur.

(4) Cujacius censet legendum, *etsi conditione quamvis non pœnali existente*; hunc autem sensum esse docet : Jure recipis aliquid præter pecuniam quam credidisti, licet hoc non in alicujus moræ pœnam stipulatus sis, sed quasi pretium periculi hujus pecuniæ quod in te suscepisti. Exempla suppeditat sequens ¶ *nec dubitabis.*

(5) Sensus est : si contractus non cadat in aliam speciem, id est, diversam a mutuo; puta in speciem *Ob rem dati.* In hac enim specie nihil creditor potest ultra pecuniam quam dat repetere : nullum enim periculum suscipit. In Florentin. legitur *in aleæ speciem*; quam lectionem reprobat Cujacius.

(6) Ita legendum. Vulgo *conditiones.*

(7) Legendum *non manumittas.*

(8) Jam hic affert exempla pecuniæ quæ ita creditur ut hujus periculum creditor in se suscipiat; quasi diceret : *Nec dubitabis* hoc verum esse, hoc posse fieri V. G. *si piscatori, etc.*

(9) Sin minus; nil redderet.

(10) *In his omnibus* speciebus; in quibus periculum pecuniæ creditæ in aliquem casum creditor in se suscipit.

(11) Intelligit *pactum* quo de usuris convenit; quo usuris sortis obligationem augent. In cæteris contractibus stricti Juris, inutiliter citra stipulationem promittitur.

TITULUS III.

DE PROBATIONIBUS ET PRÆSUMPTIONIBUS.

Cum *in omnibus judiciis tam In rem quam In personam (de quibus actum est superioribus libris) docendus sit judex, hoc quod quis intendit veritate constare; quod fit aut Probationibus aut Præsumptionibus : hinc merito hic velut appendix subjicitur tractatio* De Probationibus et Præsumptionibus.

Quæ circa hanc materiam in hoc Titulo continentur, in quatuor Sectiones distribuam. Prima erit de Probationibus; 2.ª de Confessione; quæ adversus eum qui confessus est, vice Probationis est; 3.ª de Præsumptionibus, quæ etiam Probationum vice sunt; 4.ª de Probationibus et Præsumptionibus quæ in causis status admittuntur.

SECTIO I.

De Probationibus in genere.

Circa Probationes potissimum quæritur : Cui incumbat onus probandi; quando quis probasse quod intendit, intelligatur; et Ex quibus rebus conficiatur Probatio.

ARTICULUS I.

In causarum disceptationibus cui incumbat onus probandi.

Prima Regula :

I. Ei incumbit Probatio qui dicit, non qui negat. *l.* 2. Paul. lib. 79. ad Ed.

Hinc docet Paulus, Interrogationis factæ Probationem actori imponi debere ; id est, ei qui in Jure interrogatam dixit respondisse se solum heredem esse : vel si tacuisse dicatur interrogatus, æque tantumdem erit dicendum ; impositam improbationem (1), non ei qui excepit se non respondisse, sed actori. *l.* 18. § 2. Ulp. lib. 6. disput.

Similiter Quotiens quæreretur genus vel gentem quis haberet (2) ; necne ; eum probare oportet. *l.* 1. Papin. lib. 3. quæst.

Item si quis in agendo aut excipiendo minoris ætatis suæ privilegio nitatur, de hac ætate probare necesse habebit.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Cum te minorem quinque et viginti annis esse proponas ; adire Præsidem provinciæ debes, et de ea ætate probare. *l.* 9. *Cod. h. t.*

II. *Tam in reo autem quam in actore hæc regula obtinet.*

Hinc Quum de Lege Falcidia quæritur ; heredis (3) Probatio est, locum habere Legem Falcidiam : quod dum probare non potest, merito condemnabitur. *l.* 17. Celsus lib. 6. digest.

Hinc et qui negat se ex persona collegæ conveniri debere, quod ille solvendo fuerit ; hoc probare debet. Unde Alexander : Ex persona collegæ avi vestri conveniri non debetis, si eumdem collegam tempore depositi officii solvendo fuisse ostenderitis. *l.* 3. *Cod. h. t.*

Item Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. *d. l.* 18. § 1.

Denique qui rem sibi a patre donatam fratribus suis objicit, sive eam petat sive ea ab ipso petatur, probare debet esse donatam. Ita enim rescribunt Diocletianus et Maximianus : Sive possidetis prædia quæ a patre communi sibi fratres emancipati (4) donata contendentes vindicant ; ipsis incumbit facti Probationis necessitas : sive ipsis ea prædia quasi a patre vestro sibi donata tenentibus, vos coheredes constituti patris petitis ; ut intentionem vestram non constitisse detegant, unde domini facti sunt emergente quæstione docere compelluntur. *l.* 16. *Cod. h. t.*

Hæc tamen regula, Ei qui dicit, Probandi onus incumbere, *exceptionem patitur ; nimirum nisi hoc quod dicitur tale sit pro quo militet Præsumptio* Juris : *hoc enim casu incumbit ei qui negat, contrarium docere. De his Præsumptionibus infra Sect.* 3.

Secunda Regula :

Actori *incumbit onus probandi.*

III. *Hæc regula ex priori manat : Nimirum ea quæ asseverat actor probare debet.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Actor quod asseverat probare se non posse profitendo ; reum necessitate monstrandi contrarium non astringit : Cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. *l.* 23. *Cod. h. t.*

Sic etiam intellige quod alibi rescribunt : Frustra veremini ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur. *l.* 8. *Cod. h. t.*

Cæterum ita demum id quod asseverat actor probare debet, nisi, ut modo diximus, præsumptione Juris *munitus sit.*

IV. *Incumbit quidem actori onus probandi ea quæ asseverat ; at non ea quæ negat : V. G. quum* Negatoria *actione agens negat fundum suum servitutem debere.*

Aliud exemplum habes quum Minor adversus Magistratus qui tutores ipsi dederunt, actione subsidiaria experitur ; eo quod neget idonee cautum esse. Hoc enim casu Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, quum accipiebantur, idoneos non fuisse : nam Probatio exigenda est ab his quorum officii fuit providere ut pupillo caveretur. *l.* 11. Celsus lib. 11. digest.

Tertia Regula :

(Hæc etiam manat ex priori.)

V. In exceptionibus dicendum est rerum partibus actoris fungi oportere ; ipsumque exceptionem, velut intentionem implere (5).

Ut puta, si Pacti conventi exceptione utatur ; docere debet pactum conventum factum esse. *l.* 19. Ulp. lib. 17. disput.

Item Quum quis promisisset Judicio se sisti, et Reipublicæ causa abfuisse dicat, et ob id non stetisse ; vel dolo malo adversarii factum quominus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem ; probare eum id oportet. *d. l.* 19. § 1.

Idem erit dicendum, et si ea pecunia petatur quæ pensata dicitur. *d. l.* 19. § 3.

Hoc amplius : si judicatæ rei, vel jurisjurandi conditio delata dicitur de eo quod nunc petitur,

(1) Id est, onus probandi.

(2) Puta, ad obtinendam hereditatem legitimam.

(3) Qui actione *Ex testamento* convenitur.

(4) Ponit speciem in emancipatis : nam donari non potest filio qui est in potestate.

(5) Id est, probare debere.

sivè in alea (1) gestum esse contendatur; eum implere Probationes oportet. *d. l.* 19. § 4.

Regulis quas tradidimus hæc quarta subjungenda est.

Quarta Regula :

SI ACTOR *et reus singuli diversa et contraria asseverent, actori incumbit ut prior probet quod asseverat.*

VI. *Hinc Marcianus:* Verius esse existimo ipsum qui agit, id est, legatarium probare oportere, scisse defunctum alienam rem vel obligatam legare; non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam : quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. *l.* 21. MARCIAN. LIB. 6. INSTITUT.

Et generaliter tenendum est, quamdiu actor non probat ea quæ asseverat, nullam Probationem a reo exigi; sive reus simpliciter neget quæ actor asseverat; sive aliquid asseveret.

Hinc V. G. quandiu in actione In rem *petitor non probat rem suam esse; reus sive hoc simpliciter neget, sive suam esse ipse contendat, non tenetur quidquam probare.*

Unde ita rescribit Antoninus : Possessiones quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere. Non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere; cum te in Probatione cessante, dominium apud eum remaneat. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

VII. *Vidimus cui in causarum disceptationibus onus probandi incumbat. Non ideo autem alicui hæc necessitas remittitur, quod fatali casu perierint instrumenta ex quibus posset erui probatio.*

Hinc Gordianus : Sicut iniquum est instrumentis vi ignis consumptis debitores quantitatum debitarum renuere solutionem; ita non statim casum conquerentibus facile credendum est. Intelligere itaque debitis, non existentibus instrumentis, vel aliis argumentis probare debere fidem precibus vestris adesse. *l.* 5. *Cod. de Fid. instrum.*

Inde est quod Apud eos qui rem gestam ignoraverunt, amissorum instrumentorum habita testatio nihil ad Probationem veritatis prodesse potest. *l.* 13. *Cod. de Fid. instrum.* DIOCL. ET MAXIM.

ARTICULUS II.

Quando quis probasse videatur quod intendit.

VIII. *Probasse quis videtur hoc quod intendit, quum probaverit ea intervenisse ex quibus sequatur hoc ita esse sicut intendit; si non intervenit aliquid aliud.*

Hinc si quis UTILI-SERVIANA *agens, intendat sibi jus pignoris in aliqua re esse; non solum* Ante omnia probandum est quod inter agentem et debitorem convenit ut pignori hypothecæve sit: *sed etsi hoc probet actor,* illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data (2) sit. *l.* 23. MARCIAN. LIB. SINGUL. AD FORMULAM HYPOTHECARIAM.

Similiter si quis Faviana *actione agat; non satis erit si probet rem a liberto suo fuisse alienatam, nisi etiam probet in fraudem ipsius fuisse alienatam.*

Hinc Scævola respondit, Patronum manifeste docere debere libertum in fraudem suam aliquid dedisse; ut partem ejus quod in fraudem datum esset, posset avocare. *l.* 6. SCÆVOLA LIB. 2. RESPONS.

IX. *Quum ea probaverit actor, intentionem suam probasse videtur, reoque incumbet probare aliquid aliud intervenisse quod intentionem actoris elidat.*

Hinc Severus et Antoninus : Ut creditor qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur; ita rursum debitor qui solutam affirmat, ejus rei Probationem præstare debet. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Similiter si quis aliquid actione Ex testamento *petat; videbitur probasse sibi deberi, si probet ipsi relictum. Inde enim sequitur ipsi deberi; nisi aliud intervenerit, puta mutatio voluntatis in testatore : hanc autem intervenisse, adversario erit probandum, juxta regulam,* EUM qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. *l.* 22. ULP. LIB. 1. RESPONS.

ARTICULUS III.

Ex quibus rebus eruantur Probationes.

X. *Probatio conficitur tam ex testibus quam ex instrumentis. Et quidem regulariter, quodvis factum vel alterutra harum Probationum specie probari potest. Sic accipe quod ait Constantinus :* In exercendis litibus eamdem (3) vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium. *l.* 15. *Cod. de Fid. Instrum.*

Quædam tamen facta magni momenti excipiuntur; quæ per solos testes probari non possunt, sed per instrumenta. Talis est ingenuitas; de qua ita rescribit Alexander : Si tibi controversia ingenuitatis

(1) Vid. l. fin. ff. *Quar. rer. actio non detur.*

(2) Si alterum duntaxat probaverit; puta convenisse de pignore : nondum sequitur jus pignoris ipsi in ea re esse. Sed si utrumque probaverit, et convenisse de ea re pignori subjicienda et debitorem tunc fuisse ejus rei dominum : cum alia ad pignus constituendum non requirantur; ea probavit actor ex quibus sequitur ita esse ut intendit, scilicet jus pignoris ipsi in ea re esse : nisi aliquid aliud intervenisset, quod huic juri pignoris obstitisset, aut illud destruxisset; quod ab adversario probandum foret.

(3) Hoc non sic accipe, ut depositiones testium cedere non debeant probationi quæ ex instrumentis eruitur : sed sic accipe ut, quum deest scriptura, testes fidem faciant sicut scriptura faceret, et sufficiant ut quis probasse videatur.

fiat; defende causam tuam instrumento et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis Probationem non sufficiunt. *l.* 2. *(Alias* 1*). Cod. de Testibus.*

§ 1. *An et quousque noceat instrumentum super re aliqua factum non fuisse, aut amissum fuisse.*

XI. *Cum facta fere omnia recte alterutra Probationis specie adstrui possint, sive testium, sive instrumentorum; non alias nocet instrumentum super re aliqua confectum non fuisse, quam si aut per testes aut etiam aliunde probari non possit.*

Contra Si res gesta, sine litterarum quoque consignatione, veritate factum suum præbeat; non ideo minus valebit quod instrumentum nullum de ea intercessit. *l.* 5. *ff. de Fid. instrum.* Callistratus lib. 2. quæst.

Hinc Gaius: In re hypothecæ nomine obligata, ad rem non pertinet quibus fit verbis: sicuti est et in his obligationibus quæ consensu contrahuntor. Et ideo et sine scriptura si convenit ut hypothecæ sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturæ, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiæ sunt, licet testatio sine scriptis habita est. *l.* 4. *ff. de Fid. et instrum.* Gaius lib. singulari de formul. hypothec.

Hinc Alexander: Proprietatis dominium, non tantum instrumento emptionis, sed et quibuscumque aliis legitimis Probationibus ostenditur. *l.* 4. *Cod. h. t.*

Similiter Diocletianus et Maximianus: Cum res non instrumentis gerantur, sed in hæc rei gestæ testimonium conferatur: factam emptionem et in vacuam possessionem inductum patrem tuum, pretiumque numeratum, quibus (1) potes Jure Proditis Probationibus docere debes. *l.* 12. *Cod. h. t.*

Iidem etiam rescribunt: Non idcirco minus, in vacuam inductus prædii possessionem donationis causa, quod ejus facti prætermissum instrumentum asseveratur hanc obtinere potes. *l.* 12. *Cod. de Fid. instrum.*

Iidem rescribunt: Instrumentis etiam non intervenientibus, semel divisio recte facta non habetur irrita. *l.* 9. *Cod. d. tit.*

XII. *Si non nocet super aliqua re confectum non fuisse instrumentum, quum res aliunde probari potest; multo magis eo casu non nocebit instrumentorum amissio.*

Enimvero Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat; consequenter amissis etiam quæ intercesserant, non tolli substantiam veritatis placuit. *l.* 10. *Cod. de Fid. instrum.* Diocl. et Maxim.

Igitur, ut iidem Imperatores rescribunt: Si constiterit proprietatem possessionis de qua agitur, apud vos esse: providebit judex, ex persona fructuarii nullum præjudicium dominio vestro comparari propter amissionem instrumentorum. *l.* 8. *Cod. d. tit.*

Item Antoninus: Debitores tuos quibuscumque rationibus debere tibi pecuniam si probaveris, ad solutionem compellet aditus Præses provinciæ. Nec oberit tibi amissio instrumentorum, si modo manifestis Probationibus eos debitores esse apparuerit. *l.* 1. *Cod. d. tit.*

Item alibi Diocletianus et Maximianus: Cum citra fidem etiam instrumentorum datam dotem aliunde probanti post divortium quondam uxoris tuæ secundum bonam fidem restitui debere constet; amissis etiam instrumentis sine dubio cætera Probationum indicia Jure prodita non habentur irrita. *l.* 15. *Cod. de Jur. dot.*

Iidem rescribunt: Sicut instrumenta prætermissa manumissionis recte factæ nullum afferunt præstitæ libertati præjudicium; ita si servum ad libertatem perduxisti, instrumentorum amissio nihil ei nocere potest. *l.* 25. *Cod. de Liberal. caus.*

XIII. *Et quidem quæcumque res sit super qua acta confici soleant; his actis casu amissis, ea res quibuslibet aliis documentis roborari poterit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus rescribunt: Statum tuum natali professione perdita mutilatum non esse, certi Juris est. *l.* 6. *Cod. de Fid. instrum.*

Iidem etiam de emancipatione ita rescribunt: Emancipatione facta, etsi actorum tenor non exstat; si tamen aliis indubiis Probationibus, vel ex personis vel ex instrumentorum incorrupta fide, factam esse emancipationem probari possit; actorum interitu veritas convelli non solet. *l.* 11. *Cod. d. tit.*

Iidem etiam ita rescribunt: Si solemnibus stipendiis honeste sacramento solutus es; licet super hujusmodi re instrumenta (ut dicis) facta perdita sint, tamen si aliis evidentibus Probationibus veritas ostendi potest; veteranorum privilegia etiam te usurpare posse dubium non est. *l.* 7. *Cod. d. tit.*

§ 3. *Quando et quousque fides Probationis debeatur tam instrumentis quam testibus.*

XIV. *Ita demum ex instrumentis aut testium depositione Probatio inducitur, si his instrumentis aut testibus, per alia instrumenta producta aliosve productos testes non contradicatur.*

Hoc tamen sic accipiendum est; si id quod ad contradictionem producitur, æqualis sit auctoritatis atque hoc quod producitur ad asseverationem. Hinc cum instrumenti quod super aliqua confectum est, major sit auctoritas quam testium; Probatio quæ ex eo instrumento eruitur, non eliditur per depositiones testium contrarias. Hoc est quod sibi vult Imperator qui ita rescribit (2): Contra scriptum tes-

(1) Adeoque tam testibus quam instrumentis.

(2) Quis sit ille, parum constat. Restituta est hæc Constitutio Græca ex Basilicis, in Editione Gothofredi: deest in Vulgatis.

timonium, non scriptum testimonium non fertur (1). *l.* 1. *Cod. de Testibus.*

Similiter Census et monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit. *l.* 10. MARCELLUS LIB. 3. DIGEST.

XV. *Maxime autem scripturæ fides denegabitur, si eam simulate conceptam fuisse probetur.*

Enimvero In contractibus rei veritas, potius quam scriptura perspici debet. *l.* 1. *Cod. Plus valere quod agitur, etc.* VALERIAN. ET GALLIEN.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Acta simulata (velut non ipse, sed ejus uxor comparaverit) veritatis substantiam mutare non possunt. Quæstio itaque facti per judicem vel Præsidem provinciæ examinabitur. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

XVI. *Hactenus de scripturis.*

Pariter quod attinet ad testium professiones; si hinc inde contrariæ producantur, judex eas examinare debet. Sed si quæ videantur probabiliores, has judex sequi poterit.

Hinc Quum de ætate hominis quæreretur, Cæsar noster in hæc verba rescripsit: « ET DUBIUM et iniquum est, quum de statu ætatis alicujus quæreretur, et diversæ professiones (2) proferuntur, ei potissimum stare quæ nocet. Sed causa cognita veritatem excuti oportet; et ex eo potissimum annos computari, ex quo præcipuam fidem in ea re constare credibilius videtur ». *l.* 13. CELS. LIB. 30. DIGEST.

Illud etiam tenendum est quod, quum testes alii aliis contradicunt, non semper major numerus minorem vincit.

V. G. Si testes omnes ejusdem honestatis et existimationis sint, et negotii qualitas, ac judicis motus cum his concurrit; sequenda sunt omnia testimonia. Si vero ex his quidam eorum aliud dixerint, licet impari numero; credendum est et (3) quod naturæ negotii convenit, et quod inimicitiæ aut gratiæ suspicione caret. Confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quæ rei aptiora, et vero proximiora esse comperit. NON ENIM AD MULTITUDINEM RESPICI OPORTET, SED AD SINCERAM TESTIMONIORUM FIDEM, et testimonia quibus potius lux veritatis assistit. *l.* 21. § 3. *ff. de Testibus.* ARCADIUS (qui et) CHARISIUS LIB. SINGUL. DE TESTIBUS.

SECTIO II.

De Confessione.

XVII. *Confessio alicujus solet adversus ipsum fidem facere.*

Sed et Ea quæ Advocati præsentibus his quorum causæ aguntur allegant, perinde habenda sunt ac si ab ipsis dominis litium proferantur. *l.* 1. *Cod. de Errore Advocat.* ALEXANDER.

XVIII. *Ita tamen quod quis allegavit, fidem adversus ipsum faciet; nisi probaverit se per errorem hoc allegasse.*

Hinc Gordianus: Errores eorum qui desideria (id est, preces) scribunt, veritati præjudicium afferre non posse manifestum est. Et ideo si condemnationem cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes non intercessisse; allegationes tuas lædi non oportere, is qui super negotio disceptaturus est non ignorabit. *l.* 2. *Cod. de Errore Advocat.*

Confessionem adversus eum qui confessus est ita demum fidem facere, nisi is qui confessus est errorem suum probaverit; docet pariter Modestinus in specie sequenti. Quidam quasi ex Seia (4) susceptos a Gaio-Seio, quum Gaius fratres haberet, hereditatem Gaii invasit: et fratribus ejusdem, quasi ex mandatu defuncti fideicommissa solvit; cautionem (5) accepit. Qui postea cognito quod filius fratris eorum non fuisset, quærebant an cum eo de hereditate fratris possint propter emissam manum (6) ab iis quasi filio agere? Modestinus respondit, Cautione exsoluti fideicommissi, statum ejus qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse, minime confirmatum esse; sed hoc ipsum a fratribus (7) probari debet. *l.* 15. MODEST. LIB. 12. RESPONS.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Non epistolis necessitudo consanguinitatis, sed natalibus vel adoptionis solemnitate conjungitur; nec adversus absentem, hereditatis dividendæ gratia, velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, substantiam perimit veritatis. Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti; sive Familiæ erciscundæ quasi pro coherede petitus arbiter doceatur; fraternitatis quæstio pro hæc tolli non potuit. *l.* 13. *Cod. h. t.*

(1) D. Schultingius *Decad.* 99. Th. 3. hanc regulam ita intelligi vult, ut testes qui instrumento subscripserint, non audiantur si postea testari diversum velint. Cæterum posse per testes probationem admitti putat contra hæc quæ instrumentis continentur: arg. l. 7. § 12. ff. *de Pact.*

(2) Depositiones testium.

(3) Florent. *sed quod.*

(4) Uxore G. Seii. Uxores in manum ac nomen virorum transire solebant. Vid. supra lib. 1. Tit. *de His qui sui vel alien.*

(5) Id est, apocham soluti fideicommissi [*Quittance*].

(6) *Manum* hic appellat apocham exsoluti fideicommissi: quam ei dederant quasi filio defuncti. Cum igitur in ea apocha confessi fuissent illum filium defuncti esse; quæritur an possint jam negare eum filium esse, et hereditatem defuncti ab eo petere?

(7) Si fratres hoc non essent confessi, onus probandi isti incubuisset: confessio vero eorum, rejicit in eos probationem.

Consonat etiam quod Constantinus et Maximianus rescribunt: Cum falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime possit; respondendo, id quod paternum erat, ex maternis esse bonis, nihil egisti (1). *l.* 5. *Cod. de Jur. et fact. ignor.*

XIX. *Interdum ex eo quod quis confessus est, nulla prorsus Probatio adversus eum ejusve heredem eruitur; nec necesse habet errorem probare. V. G. Quamvis solutio tacitam debiti solutionem contineat; et eapropter, qui solutum condicit, teneatur regulariter probare fuisse debitum: tamen certis casibus hæc tacita confessio nullam adversus eum qui solvit, fidem facit; nec tenetur probare fuisse indebitum.*

Hæc ex Paulo discimus. Ita ille: Quum de indebito quæritur, quis probare debet non fuisse debitum?

Res ita temperanda est, ut si quidem is qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam hoc negaverit (2); et ipse qui dedit, legitimis Probationibus solutionem approbaverit; sine ulla distinctione ipsum qui negavit sese pecuniam accepisse (si vult audiri) compellendum esse ad Probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit. Pertenim absurdum est, eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, Probationem non debiti ab adversario exigere.

Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas; Præsumptionem videlicet pro eo esse qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat: et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicet, homo diligens est et studiosus paterfamilias; cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse. Et ideo eum qui dicit indebitas solvisse, compelli ad Probationes; quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum est: et nisi hoc osteoderit, nullam eum repetitionem habere. *l.* 25. PAUL. LIB. 3. QUÆST.

Sin autem is qui indebitum quæritur, vel pupillus vel Minor sit vel mulier; vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agri cultor, et forensium rerum expers vel aliàs simplicitate gaudens et desidiæ deditus: tunc eum qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas; et si non ostenderit, eas redhibere. *d. l.* 25. § 1.

Sed hæc ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit, contendat. Sin autem pro parte quæritur quod pars pecuniæ solutæ debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit; vel exceptione tutus, errore ejus pecunias dispendit: ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel jam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens projecit pecuniam; secundum generalem regulam quæ eos qui opponendas esse exceptiones affirmant, vel solvisse debita contendunt, hæc ostendere exigit. *d. l.* 25. § 2.

Obiter nota: In omnibus autem visionibus (3) quas præposuimus, licentia concedenda est ei cui onus Probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre; prius ipso pro calumnia jurante: ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referendæ religionis ei servando. *d. l.* 25. § 3.

XX. *Alium etiam casum in quo Probatio ex eo quod quis confessus est adversus eum nullo eruitur, refert Paulus.*

Sic enim pergit. Sed hæc ubi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquatur; tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere quod in cautionem deduxit; nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit; causas explanavit pro quibus eamdem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suæ confessioni nisi evidentissimis Probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse. *d. l.* 25. § 4.

Multo minus Probatio eruetur ex confessione qua quis confessus fuerit se aliquid debere ei cui donare aut relinquere prohibetur: ut in specie sequenti.

Qui testamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere poterat, legavit licitam quantitatem. Deinde ita locutus est: « Titio centum do » lego quæ mihi pertulit; quæ ideo ei non cavi, » quod omnem fortunam et substantiam si quam » a matre susceperat, in sinu meo habui sine ulla » cautione. Item eidem Titio reddi solvi volo de » substantia mea centum quinquaginta; quæ ego » ex reditibus prædiorum ejus (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de Kalendario (sī » qua a matre receperat Titius) in rem meam con» vertis. Quæro an Titius ea exigere potest? Respondit, Si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi. Videtur enim, eo quod ille plus capere non poterat, in fraudem Legis hæc in testamento adjecisse. *l.* 27. SCÆV. LIB. 33. DIGEST.

SECTIO III.

De Præsumptionibus.

XXI. *Triplex vulgo distinguitur* Præsumptionum *species.*

Prima est earum quæ contrariam Probationem non admittunt; quas vulgo appellant PRÆSUMPTIONES JURIS ET DE JURE. *Tales sunt Præsumptiones quæ ex re judicato aut ex jurejurando delato aut relato ducuntur.*

(1) Nimirum si errorem confessionis tuæ probaveris.

(2) *Negaverit* scilicet se accepisse. Ex hac inficiatione ejus qui accepit, eruitur præsumptio indebiti; per quam eliditur præsumptio debiti quæ ex solutione oriebatur.

(3) Positionibus; id est, casibus, thesibus.

Secunda species est earum quas receptum est in judiciis vice Probationum haberi, necessitatemque probandi remittere; sed ita demum nisi contrarium probetur. Hæc vulgo vocantur PRÆSUMPTIONES JURIS.

Tertia species est earum quæ solæ fidem non faciunt; sed si alia concurrant, juvant ad fidem faciendam. Et quidem aliquando contingit ut plurium hujusmodi Præsumptionum concursus fidem faciat: ut in specie sequenti. Procula magnæ quaotitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem ejus in ratione cum heredibus compensare vellet: ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre quandiu vixit desideratum, cum variis ex causis sæpe in rationem fratris pecunias ratio Proculæ solvisset: Divus Commodus quum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem; quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum (1). *l.* 26. PAPIN. LIB. 20. QUÆST.

XXII. *In Titulo nostro potissimum de secunda Præsumptionum specie agitur; nimirum de Præsumptionibus* JURIS.

Istæ Præsumptiones inducuntur ex eo quod evenit plerumque. V. G. Præsumptio JURIS *est, alicui licere quod jure communi licet.*

Hinc Paulus respondit, Ab ea parte quæ dicit adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse, specialiter Lege vel Constitutione, id probari oportere. *l.* 5. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem; probare id oportet objicientem exceptionem. *l.* 19. § 2. ULP. LIB. 7. DISPUT.

XXIII. *Pariter Præsumptio* JURIS *est, eos qui pacti sunt aut contraxerunt, eo animo fuisse ut jus obligatioque pacti contractusve ad heredem transiret.*

Unde Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat; quæritur an id actum sit, ut ipsius duntaxat persona eo statueretur? Sed quamvis verum est quod, qui excipit, probare debeat quod excipitur; attamen de ipso duntaxat, ac non de herede ejus quoque convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet: quia plerumque (2) tam heredibus nostris quam nobismetipsis cavemus. *l.* 9. CELSUS LIB. 1. DIGEST.

XXIV. *Alia Præsumptionis species est, ut actus præsumatur valere.*

Hinc Paulus Respondit, si quis negat emancipationem recte factam, Probationem ipsum præstare debere. *sup. d. l.* 5. § 1.

Hinc ejus est qui testamentum impugnat; probare ejus vitium. Unde ita rescribunt Diocletianus et Maximianus: Si scriptum heredem ab aonita tua, vel de testamenti vitio, vel quacumque alia ratione non posse obtinere hereditatem probari a te posse confidis; de hac hereditate apud Rectorem provinciæ agere potes. *l.* 11. *Cod. h. t.*

Vide aliud exemplum hujus Præsumptionis in l. 12. *h. Tit. infra ad Titulos* de Legatis.

XXV. *Aliud adhuc Præsumptionis exemplum affert Papinianus; quo tacitum fideicommissum in fraudem Legis incapaci ab aliquo herede priori testamento relictum, præsumitur repetitum in posteriori testamento in quo heres ille ex eadem parte scribitur.*

Ita ille: Quum tacitum (3) fideicommissum ab eo datur qui tam in primo quam in secundo testamento, pro eadem parte, vel postea pro majore heres scribitur; Probatio mutatæ voluntatis ei debet incumbere qui convenitur: cum secreti suscepti ratio (4) plerumque dominis rerum (5) persuadeat, eos ita heredes scribere quorum fidem elegerunt. *l.* 3. PAPIN. LIB. 9. RESPONS.

XXVI. *Inter Præsumptiones quæ* JURIS *tantum sunt, non* JURIS ET DE JURE, *recte etiam annumerabitur Præsumptio liberationis quæ ex cancellatione chirographi oritur; cum contrariam Probationem admittat.*

Enimvero Si chirographum cancellatum fuerit; licet Præsumptione debitor liberatus esse videtur; in eam tamen quantitatem quam manifestis Probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur. *l.* 24. MODESTINUS LIB. 4. REGULARUM.

XXVII. *Ex eo autem quod servus venditus fugerit post traditionem; non inducitur Præsumptio* JURIS, *fuisse eum fugitivum quum væniret. Hinc si Redhibitoria agatur in ea specie*, Paulus libro 6 Responsorum respondit,

Emptorem probare debere eum servum de quo quæritur, antequam emeret, fugisse. *l.* 4.

Item ex eo solo quod quis alicujus se patronum ostendat, non inducitur Præsumptio JURIS, *operas ipsi deberi.*

Unde Quoties operæ quasi a liberto petuntur; Probationes ab eo qui se patronum dicit, exiguntur.

(1) Præsumptio in hac specie eruitur ex concursu plurium rerum; scilicet tum ex conjunctione personarum; tum ex rationibus inter fratrem et sororem sæpe initis, in quibus nulla unquam mentio fuerat hujus fideicommissi; tum ex eo quod frater nunquam illud sibi solvi desiderasset.

(2) Ex eo autem quod plerumque fit, eruitur Præsumptio.

(3) Species legis hæc est. Priore testamento quis rogaverat heredem aliquid restituere incapaci, cujus nomen testamento non expresserat: sed quis esset ille apparuit, forte ex domestica cautione quam super ea re heres testatori dederat. Posterius testamentum deinde fecit, in quo nulla hujus fideicommissi mentio. Tamen præsumetur repetitum: et hæc Præsumptio rejiciet in heredem onus probandæ mutatæ voluntatis defuncti, quum fiscus adversus eum aget ad vindicandum sibi hoc fideicommissum, utpote in fraudem Legis relictum. Præsumptio autem dicitur ex eo quod plerumque evenit, ut testatores ad tegendum negotium fraudis aliud instrumentum scribant; in quo eumdem heredem instituant, quem priore testamento rogassent.

(4) Id est, tacita fides.

(5) Testatoribus.

Et ideo Julianus scripsit: Licet in præjudicio possessor patronus esse videatur; verum partibus actoris non libertum fungi debere, sed eum qui se patronum esse contendit. *l.* 18. Ulp. lib. 6. disput.

Item non inducitur sufficiens Præsumptio rem ad aliquem pertinere, ex eo quod instrumentum emptionis alio quam ipsius nomine factæ penes se habeat, vel quod ipsius pecunia sit numerata venditori.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Ad Probationem dominii aliena subtrahentes instrumenta, his uti minime possunt; quippe cum horum lectio, non recitantem, sed quem tenor scripturæ designat, adjuvet. Cum itaque nec cætera Probationum indicia reprobentur; jure competenti, prædiorum quæ in quæstionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere. Nam res vindicantem ab emptore, suos numeratos nummos asseverantem, erga Probationem laborare (1) non convenit; si quidem hujusmodi licet probetur factum, tamen intentioni nullum præbet adminiculum. *l.* 21. *Cod. h. t.*

SECTIO IV.

De Probationibus et Præsumptionibus quæ in causis status admittuntur.

§ 1. *Cujus generis Probationes in his causis valeant.*

XXVIII. *In quæstionibus an quis sit filius necne*, Imperatores Antoninus et Verus Augusti Claudio-Appolliuari rescripserunt in hæc verba: « Probationes quæ de filiis dantur, non in sola affirmatione testium consistunt; sed et epistolas quæ » uxoribus missæ allegarentur, si de fide earum » constitit, nonnullam vicem instrumentorum obtinere decretum est ». *l.* 29. Scævola lib. 9. digest.

XXIX. *Maxime autem valent in his quæstionibus, professiones parentum* (2).

Cæterum Nec omissa professio Probationem generis excludit, nec falsa simulatio veritatem minuit. Cum itaque ad examinationem veri omnis Jure prodita debeat admitti Probatio; aditus Præses provinciæ, solemnibus ordinatis, prout Juris ratio patitur, causam liberalem inter vos decidi providebit. *l.* 15. *Cod. de Liberali causa.* Diocletianus et Maximianus.

Parum autem attenditur professio a parentibus iratis facta.

Hinc Scævola in specie sequenti: Mulier gravida repudiata filium enixa absente marito, ut spurium in actis professa est. Quæsitum est an is in potestate patris sit; et matre intestata mortua, jussu ejus hereditatem matris adire possit, nec obsit professio a matre irata facta? Respondit, Veritati locum superfore. *l.* 29. § 1. Scævola lib. 9. digest.

Circa has professiones constituit Justinianus Novella CXVII. cap. 2. ut ex Instrumento vel publico vel privato propria manu conscripto et tribus testibus munito, quo quis aliquem filium suum nominasset, fides fieret matrimonii cum matre ejus contracti; nec solum ipsi, sed et cæteris ex eadem matre natis prodesset.

§ 2. *Quæ sit potissima in causis status Præsumptio*

XXX. *In omnibus status quæstionibus; nimirum an quis sit liber vel servus, an ingenuus vel libertus; hæc maxime viget Præsumptio, ut pro statu in cujus quasi-possessione quis est aut possidetur, præsumatur.*

Igitur si filius a patre in quasi-possessione patriæ potestatis possideatur; præsumetur esse in hac potestate: et si neget, ejus erit contrarium docere.

Sic accipe quod Paulus ait: Si filius in potestate patris se esse neget, Prætor cognoscit ut prior doceat filius: quia et pro pietate (3) quam patri debet præstare, hoc statuendum est; et quia se liberum esse quodammodo contendit (4). Ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere jubetur. *l.* 8. Paul. lib. 18. ad Plaut.

Idem docet Ulpianus in quæstione libertinitatis. Ita ille: Circa eum qui ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est quis actoris partibus fungatur. Et, si quidem in possessione libertinitatis fuit; sine dubio ipsum oportebit, ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet ejus qui ei controversiam movet; hoc probare debet, qui eum dicit libertum suum. Quid enim interest, servum suum quis an libertum contendat? *l.* 14. Ulp. lib. 2. de officio Consulis.

Obiter nota: Si quis autem fiducia ingenuitatis suæ ultro in se suscipiat Probationes, ad hoc ut Sententiam ferat pro ingenuitate facientem (hoc

(1) Id est, non debet *laborare* in probando quod asseverat, suos nummos esse solutos: quia frustra hoc probaret, cum inde non sequatur rem suam esse.

(2) Parentes solebant nativitates liberorum suorum apud acta publica profiteri. Hinc Juvenal. Satyr. IX.

Tollis enim, et LIBRIS ACTORUM *spargere gaudes*
Argumenta viri; foribus suspende coronas:
Jam pater es.

Hoc maxime observabatur circa illustres personas; ut de Tiberio et Caligula refert Suetonius in Tiberio N. 5. in Caligula N. 8. Marcus-Antoninus hoc circa omnes observari voluit; ut de eo scribit Julius-Capitolinus « *Liberales » causas ita munivit, ut primus juberet apud Præfectos » Ærarii Saturnini unumquemque civium natos liberos pro- » fiteri intra trigesimum diem nomine interposito. Per Pro- » vincias, Tabulariorum publicorum usum instituit; apud » quos idem de originibus fieret, quod Romæ apud Præ- » fectos Ærarii* ».

(3) Hæc non est vera et genuina ratio, sed illa quæ sequitur.

(4) Quem statum in cujus quasi-possessione non est, probare debet.

est (1) ingenuum se esse ut pronuncietur); an obtemperari ei debeat, tractari potest? Et non ab re esse opinor morem ei geri, probanti se ingenuum, et Sententiam secundum se dandam; cum nulla (2) captio intercedat Juris. *d. l.* 14.

XXXI. *Quod diximus, præsumi pro statu in quo quis quasi-possidetur, obtinet; nisi per vim ita quasi possessus fuerit.*

Enimvero Si quis liberum hominem vi rapuerit, in vinculis habuerit; is indignissime commodum possessoris consequeretur, quia probari non poterit hominem eo tempore quo primum lis ordinaretur in libertate fuisse. *l.* 20. JULIAN. LIB. 43. DIGEST.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Vis ejus qui se dominum contendit, ad imponendum onus Probationis servo minima prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis; verum nec ab illo justo initio, sed per violentiam asseveras te esse detentum : inquisito prius, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis; tunc etiam onus Probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur. *l.* 15. *Cod. h. t.*

XXXII. *Præsumptio servitutis in qua quis quasi-possidetur, non cessat ex eo quod ipsi a domino fideicommissum relictum sit.*

Hinc Scævola libro 1 Responsorum Festo respondit :

Si ancilla fuerit; ad libertatem perductam non videri, neque per fideicommissi relicti sibi Probationem, nec quod alimenta sunt ut nutrici præstita. *l.* 30.

Multo minus quidquam colligi potest pro libertate alicujus aut contra libertatem, quod dominus cum ipso contraxerit.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Ad Probationem ingenuitatis ab eo contra cujus successores postulas, facta tibi locatio non sufficit; nec tamen hoc solum ad servitutis vinculum argumentum est idoneum. *l.* 18. *Cod. de Liberali causa.*

XXXIII. *Item non cessat Præsumptio servitutis in qua quis possidetur, quod proferat instrumentum quo se venumdedit : potiusque præsumetur illud ipse substraxisse, quam animo manumittendi id ipsi traditum.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si de possessione servitutis, emptionis instrumentis subtractis, in libertatem proclamat Eutychia : cum petitori Probationis onus incumbat, intentione sua defecta his juvari minime potest.

Nam (3) si in servitutem petatur (4) : ad emptionis Probationem, non est indiciis aliis opus ; sed instrumentorum furtum monstrare sufficit. *l.* 20. *Cod. h. t.*

XXXIV. *Non cessat etiam Præsumptio servitutis aut libertinitatis in qua quis quasi-possidetur, quod fratres habeat quibus nulla talis moveatur quæstio.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Matrem tuam consecutam libertatem, ac te post editam, ut ingenua probari possis, ostendi convenit. Quod enim fratribus tuis nulla moveatur quæstio, ad defensionem tuam nihil prodesse potest. *l.* 17. *Cod. h. t.*

Iidem alibi ita rescribunt. Multis rationibus natalibus ingenuis fratribus natis, post delictis vel casibus intervenientibus, singulorum causæ status separantur. Nihil itaque prohibet eumdem et tibi non movere quæstionem status, et eos quos fratres tuos asseveras, in servitutem vindicare sive retinere. Igitur ad demonstrandam fratrum tuorum libertatem, aliæ sunt Probationes necessariæ. Nam quod tibi non movetur quæstio, libertatis eorum non idoneam constat habere Probationem. *l.* 17. *Cod. de Liber. causa.*

XXXV. *Item non cessat Præsumptio servitutis in qua quis quasi-possidetur, quod patrem ingenuum et magnis honoribus functum habuerit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Neque natales tui, licet ingenuum te probare possis, neque honores quibus te functum esse commemoras, idoneum Probationem pro filiæ tuæ ingenuitate continent; cum nihil prohibeat et te ingenuum, et eam ancillam esse. *l.* 10. *Cod. h. t.*

Iidem etiam rescribunt. Avi paterni magistratu functi dignitas ad libertatis Probationem nihil nepoti prodest : si quidem in liberali causa, matris non patris inspicitur conditio. Sed nec materni avi sola sufficit : cum, licet avia quoque libera probari possit, multis tamen causis status mutari consuevit. *l.* 28. *Cod. de Liberali causa.*

Quinetiam fieri potest ut qui his honoribus functus fuerit, servus fuerit.

Hinc iidem ita rescribunt : Non mutant servi statum, si ad civiles honores illicite atque improbe aspiraverint. Unde si status moveatur quæstio ; intelligere vobis licet nihil prodesse posse, quod pater vester civiles honores gessit. Solemnibus itaque ordinatis, apud Præsidem provinciæ de statu vestro cognoscetur. *l.* 11. *Cod. d. tit.*

Hinc iidem etiam rescribunt : Non idcirco minus quod te Limenarcha creato nemo contradixit Reipublicæ nomine, moveri tibi status quæstio potest. *l.* 38. *Cod. d. tit.*

XXXVI. *Vice versa Præsumptio libertatis in cujus quasi-possessione quis est, non cessat ex eo quod mater ejus aut fratres possideantur ut servi.*

(1) Ad hoc enim ipsi proderit eum hanc probationem in se suscepisse, ut pronuncietur ingenuus; quum alioquin pronunciaretur duntaxat non esse actoris libertus.

(2) Hoc docet permitti, eum non fiat in fraudem ullius Legis.

(3) *Nam* pro *sed.*

(4) De possessione libertatis.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Ad Probationem servitutis Glyconis, matrem ejus ac fratrem servilia fecisse ministeria non sufficit : cum neque ingenuarum conniventia (1) conjunctis necessitudine præjudicet, neque de servis ex eadem matre natis libertatem unus adipisci prohibeatur. *l.* 22. *Cod. h. t.*

(1) Id est, *conniventia* matris et fratrum, qui forte [licet ingenui] se ut servos possideri sinunt.

TITULUS IV.

DE FIDE INSTRUMENTORUM.

CUM *ex Instrumentis probationes eruantur, merito hic subjicitur Titulus* DE FIDE INSTRUMENTORUM.

I. *Instrumentum dupliei sensu accipitur. Largiori significatione*, INSTRUMENTORUM nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest : et ideo tam testimonia quam personæ, Instrumentorum loco habentur (1). *l.* 1. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Strictiori autem significatione accipitur Instrumentum, pro quacumque scriptura quæ ad alicujus rei probationem inservire potest.

De Instrumentis hac posteriori significatione acceptis in hoc Titulo agimus : quæriturque 1.° *Qui teneantur Instrumenta ad alterius litem pertinentia exhibere ; et ubi produci debeant ;* 2.° *Quæ Instrumenta fidem faciant ;* 3.° *De eorum forma et agnitione ;* 4.° *De eorum impugnatione, tanquam falsa sint ; et de falsitate diei in Instrumentis.*

§ 1. *Qui teneantur Instrumenta ad alterius litem pertinentia exhibere ; et ubi producenda sint.*

II. *Omnes qui excusationem non habent quominus contra adversarium meum testimonium dicant, cogi possunt exhibere Instrumenta quæ habent ad litem meam pertinentia. Qui autem excusentur, videb. Tit. seq.*

In judiciis, is qui aliquid probandum habet, non solum Instrumentis quæ penes se habet, sed etiam Instrumentis quæ scit penes alios esse uti potest : si modo hi penes quos sunt, nullum inde damnum laturi sunt : poteritque ab his desiderare ut ea Instrumenta exhibeant, aut jurent se non habere ; vel habere quidem, sed non posse se sine suo damno exhibere. l. fin. Cod. h. t.

Et quidem etiam fiscalibus Instrumentis uti quis potest. Unde Gordianus : Illatæ dispensatori pecuniæ, si ob amissorum Instrumentorum casum probatione deficeris ; inspectio rationum fiscalium fidem demonstrabit. *l.* 4. *Cod. h. t.*

III. *Maxime autem ipse adversarius non compelletur edere contra se.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : Nimis grave est quod petitis, urgeri partem diversam ad exhibitionem eorum per quos sibi negotium fiat. Unde intelligitis quod intentionis vestræ proprias afferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci. *l.* 7. *(Alias* 6.*) Cod. de Testibus.*

Quas exceptiones patiatur regula quam statuimus, adversarium non posse cogi edere contra se ; vid. supra lib. 2. *Tit.* de Edendo *Art.* 2. § 1.

IV. *Regulariter Instrumenta ad aliquam litem pertinentia producenda sunt apud judicem qui de causa cognoscit. Si tamen ibi commode produci non possint, res potest remitti ad aliquem judicem loci ubi sunt Instrumenta : ita ut, postquam ibi producta fuerint fidesque Instrumentis data, negotium ad priorem judicem revertatur.* l. 18. Cod. h. t.

§ 2. *Quæ Instrumenta fidem faciant.*

V. *Maxime fidem faciunt Instrumenta publica. Et quidem ipsum authenticum Instrumentum fidem facit ; non hujus index aut exemplum, etiamsi fiscus agat.*

Ita enim Paulus : Quicumque a fisco convenitur ; non ex indice et exemplo alicujus scripturæ, sed ex authentico conveniendus est. Ita, si contractus fides possit ostendi : Cæterum calumniosam (2) scripturam vim in judicio obtinere non convenit. *l.* 2. PAUL. LIB. 5. SENTENT.

VI. *Privata etiam Instrumenta fidem facere possunt ; et etiam unicum Instrumentum de plurium obligationibus.*

Unde Diocletianus et Maximianus rescribunt : Eo quod a multis proprii debiti singulorum obligationis uno tantum Instrumento probatio conti-

(1) Ita accipitur nomen *Instrumenti* in Edicto DE DILATIONIBUS instrumentorum gratia dandis : de quo supra lib. 2. Tit. *de Fer. et dilat.* N. 15. in fine.

(2) Quum non authenticum sed exemplum producitur ; hæc scriptura præsumitur per calumniam seu per dolum producta, nec fide digna.

netur, exactio non interpellatur. *l.* 10. *Cod. Si cert. pet.*

VII. *Hæc autem demum privata Instrumenta pro aliquo fidem faciunt, quæ ab ejus adversario eove qui adversarii jure utitur facta sunt; non vero ea quæ quis ipse sibi conficit, nisi aliis adminiculis juventur.*

Quocirca rescribunt Philippi: Instrumenta domestica seu privata testatio seu annotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt. *l.* 5. *Cod. de Probat.*

Et rursus: Rationes defuncti quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est.

Ejusdem Juris est; et si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut etiam res certas, sibi deberi significaverit. *l.* 6. *Cod. d. tit.*

Enimvero EXEMPLO PERNICIOSUM EST UT EI SCRIPTURÆ CREDATUR QUA UNUSQUISQUE SIBI ANNOTATIONE PROPRIA DEBITOREM CONSTITUIT. Unde neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere oportet. *l.* 7. *Cod. d. tit.* GALLIENUS.

Sed etsi in chirographo quod super aliqua pecunia mihi debita debitor meus confecerit, ego commemorationem fecerim alicujus alterius rei; ad probationem hujusce rei cujus commemorationem feci, chirographum illud idoneum non erit.

Hoc significat Scævola quum ait, Commemorationem in chirographo pecuniarum quæ ex alia causa deberi dicuntur factam, vim obligationis non habere. *l.* 31. *ff. de Probat.* SCÆVOLA LIB. 2. MACTORIO-SABINO (1).

VIII. *Illud autem tam publicis quam privatis Instrumentis commune est; quod* Scripturæ diversæ fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolatæ, nihil firmitatis habere potuerunt. *l.* 14. *Cod. h. t.* DIOCL. ET MAXIM.

IX. *Observandum superest, illud Instrumentum pro eo fidem facere non posse, qui illo se non usurum contestatus est. Igitur* Si adversarius tuus apud acta Præsidis provinciæ, cum fides Instrumenti quod proferebat in dubium revocaretur, non usurum se contestatus est; vereri non debes ne ex ea scriptura, quam non esse veram etiam professione ejus constitit, negotium denuo repetatur. *l.* 3. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

§ 3. *De forma et agnitione Instrumentorum.*

X. *Vidimus superiori § quæ Instrumenta fidem faciant. Ita autem fidem faciunt, si legitime confecta et agnita sint.*

Circa Instrumentorum publicorum formam valde notandum quod ait Paulus: Amplissimus (2) ordo decrevit eas tabulas (3) quæ publici (4) vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur; atque impositum supra linum ceræ signa imprimantur; ut exteriores [scripturæ (5)] fidem interiori servent. Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent. PAUL. SENTENT. *lib.* 5. *tit.* 23. § 5.

Circa formam conficiendorum Instrumentorum publicorum, plura etiam ex novellis Justiniani Constitutionibus requiruntur: videlicet ut contineant annum Imperii Cæsaris quo confecta sunt, necnon Consulem, Indictionem, mensem et diem; item nomina tam testium quam tabellionis eorumque subscriptiones. Novell. XLVII. *cap.* 1.

Item Instrumentum ut fidem faciat apud judicem apud quem producitur, debet agnosci per Tabellionem, Amanuensem cujus opera in eo conscribendo tabellio usus est, et Annumeratorem (6) *qui ei interfuit. Quod si nec Amanuensis nec Annumerator præsto sint; forte quia nullus fuerit Amanuensis et Annumerator qui Instrumento interfuerint, aut mortui sint, vel absint; solius Tabellionis testimonio credetur.*

Quod si Tabellio defunctus sit; habebit Instrumentum fidem tam ex testimonio Amanuensis, Annumeratoris, et testium, quam ex collatione adimpletionis Instrumenti. Si autem nullus horum adsit, sola collatio adimpletionis non sufficiet; sed etiam examinandæ sunt subscribentium contrahentium scripturæ. Novell. LXXIII. cap. 7.

XI. *Hæc de publicis Instrumentis.*

Quod attinet ad privata; ex Constitutione Justiniani, chirographa et apochæ si excedant quinquaginta libras auri, debent habere subscriptionis trium testium.

Ex prædicta autem novella LXXIII trium testium præsentia et, quum is qui contrahit litterarum imperitus est, præsentia quinque testium desideratur in quibuslibet Instrumentis quæ libram auri excedunt et in civitatibus conficiuntur: prohibeturque, quum testes defuerunt, ex litterarum comparatione fidem Instrumento fieri. Quod si testes adfuerint, tamen ex eorum testimonio quam et litterarum comparatione fides fiet: et, si discrepet testimonium testium a comparatione litterarum, prævalebit testimonium testium cum eorum jurejurando.

Cæterum hanc legem in civitatibus duntaxat observari vult.

(1) Mendosa inscriptio. Legendum est, AD MASSURIUM-SABINUM.

(2) Hoc Senatusconsultum sub Nerone latum; de quo ita Suetonius [NERON. cap. 17.] *Adversus falsarios tunc primum repertum ne tabulæ nisi pertusæ ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur.*

(3) Ligneas ceratas, quæ tunc valde erant in usu.

(4) *Publicum contractum* intelligit, qui de publicis re initur.

(5) Hoc verbum expungendum: intelligendumque *exteriores* partes, in quibus nihil scriptum.

(6) *Annumeratorem* pecuniæ, argentarium.

XII. *Circa testes qui Instrumentis adhibentur, constituit Justinianus ut nonnisi homines probatæ opinionis, non vero artifices, ignobiles aut obscuri homines adhibeantur; item ut nonnisi rogati adhibeantur.* Novell. XC. cap. 1 et 2.

XIII. *Circa litterarum autem comparationes; constituit ut fieri non possint, nisi ex forensibus publicisque Instrumentis; aut ex aliis chirographis trium testium subscriptiones habentibus, quas duos saltem ex his testibus recognoscant* (l. 20. Cod. h. t.): *Vel etiam ex his litteris quibus adversarius usus est, tanquam subscriptis ab eo de cujus syngrapha agnoscenda quæritur: denique vel ex privata quidem scriptura, sed ex archivo publico deprompta.* Novell. XLIX. cap. 2.

Hæc inquisitio de fide Instrumenti, fit apud Pedaneos judices qui de lite cognoscunt. l. 11. Cod. h. t.

XIV. *Observandum superest, eum qui perperam manum suam inficiatum esse convincitur, si quidem ex sola comparatione litterarum convincatur, in viginti quatuor solidos condemnari; si testimonio, carere eum insuper exceptione.* Non numeratæ pecuniæ *l.* 16. *Cod. h. t.*

Ex Novella autem XVIII, pœna hujus inficiationis, est pœna dupli.

§ 4. *De impugnatione Instrumenti tanquam falsi; et de falsitate diei in Instrumento.*

XV. *Is adversus quem Instrumentum producitur, potest illud arguere falsi: et quidem etiam postquam jam productum fuit, fidesque ei data; modo de calumnia juret: tenciurque hoc casu qui illud produxit, illud iterum producere, vel jurare se sine dolo desiisse illud habere. Ni produceat aut juret, pro falso habebitur Instrumentum.* l. fin. Cod. h. t.

Quum Instrumentum falsi arguitur, ita edicunt Valentinianus, Theodos. et Arcadius: Præbemus licentiam ut sive civiliter sive criminaliter (ut actor elegerit) super prolatis codicillis vel aliis Instrumentis requiratur; incumbat probatio fidei Instrumenti ei primitus qui scripturam obtulerit (1), deinde ei qui stricta (2) instantia falsum arguere paratus sit. *l.* 24. *Cod. ad L. Cornel. de fals.*

Donec autem qui illud falsi accusat, de illius falsitate docuerit; mandatur executioni.

Hinc Alexander: Satis aperte Divorum parentum meorum Rescriptis declaratum est; quum morandæ solutionis gratia a debitore falsi crimen objicitur, nihilominus salva executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

XVI. *Illud patet: Sententiam super veritate aut falsitate Instrumenti latam, valere inter eos demum inter quos lata est.*

Hinc Alexander: Si uteris Instrumento de quo alius accusatus falsi victus est; et paratus est (si ita visum fuerit) a quo pecuniam petis, ejusdem criminis te reum facere, et discrimen periculi pœnæ Legis Corneliæ subire; non oberit Sententia: a qua nec is contra quem data est appellavit, nec tu qui tunc crimini non eras subjectus, appellare debuisti. *l.* 2. *Cod. h. t.*

XVII. *Circa falsitatem diei quæ in Instrumentis occurrit, unum duntaxat observabimus.*

Scilicet Paulus libro 3 Responsorum respondit: Repetita (3) quidem die cautionem interponi non debuisse: sed falsi crimen quantum ad eos qui in hoc consenserunt, contractum non videri; cum inter præsentes et convenientes res actitata sit, magisque debitor quam creditor deliquerit *l.* 3.

(1) Id est, qui illud produxit.

(2) Haloand. *instructa.*

(3) *Repetita dies*, vernacule, *Antidate.*

TITULUS V.

DE TESTIBUS.

I. TESTIMONIORUM *duplex species. Primo enim testes adhibentur in confectione actorum publicorum aut privatorum. De qua testium specie ita Venuleius:* Curent Magistratus cujusque loci, testari volentibus, et seipsos et alios testes vel signatores præbere; quo facilius negotia explicentur, et probatio rerum salva sit. *l.* 22. VENULEIUS LIB. 2. DE OFFIC. PROCONSULIS.

2.° *Adhibentur Testes in judiciis; ut de facto quod controvertitur, judici fidem faciant. De hac Testium specie potissimum in hoc Titulo agitur.*

Et Adhiberi Testes possunt, non solum in criminalibus causis; sed etiam in pecuniariis litibus, sicuti res postulat.

Et hi (1) quibus non interdicitur testimonium, nec ulla Lege a dicendo Testimonio excusantur.

(1) Supple, ut supra: *adhiberi possunt.*

l. 1. § 1. Arcadius (qui et) Charisius lib. sing. de Testibus.

Circa hos Testes inquiremus 1.° *Qui idonei sint, et quod requirantur ad probationem conficiendam;* 2.° *Quæ pertineant ad evocationem Testium; Quomodo testimonia perhibeantur, et quoties in una causa possit quis Testes producere;* 3.° *Videbimus de pœna falsorum Testium.*

ARTICULUS I.

De idoneitate et numero Testium ad probationem conficiendam.

§ 1. *Qui Testes idonei sint necne.*

II. *In judiciis ad testimonium ferendum admittuntur non solum masculi sed et mulieres. Nam* Ex eo quod prohibet Lex Julia DE ADULTERIIS, testimonium dicere condemnatam mulierem; colligitur etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere (1). *l.* 18. Paul. lib. 2. de Adulteriis.

III. *Quid de Servis?* Servi responso tunc credendum est, quum alia probatio ad eruendam veritatem non est. *l.* 7. Modest. lib. 3. regul.

Observa tamen, Servos pro domino, quemadmodum adversus eum, interrogari non posse.

Pro facto autem suo interrogari posse non ambigitur. *l.* 8. (*Alias* 7.) *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

In judicio Redhibitorio Quum probatio prioris fugæ deficit, servi quæstioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur. *l.* 7. *ff. de Probat.* Paul. lib. 2. sentent.

Consonat quod alibi dicitur. Servum dupla (2) emi, qui rebus ablatis fugit: mox inventus, præsentibus honestis viris interrogatus an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse. Quæro an standum sit responso servi? Paulus respondit: Si et alia indicia prioris fugæ non deficiont, tunc etiam servi responso credendum est. *l.* 58. § 2. *de Ædil. Ed.* Paul. lib. 5. respons.

IV. Lege Julia DE VI cavetur « Ne [hac lege] » in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo » parenteve ejus liberaverit (3): Quive impuberes » erunt: Quique judicio publico damnatus erit, » qui eorum in integrum restitutus non erit: quive » in vinculis custodiave publica erit: quive ad » bestias ut depugnaret, se locaverit: quive palam » quæstum faciet feceritve: quive ob testimo- » nium dicendum vel non dicendum pecuniam » accepisse, judicatus vel convictus erit ». Nam quidam propter reverentiam personarum; quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem. *l.* 3. § 5. Callistratus lib. 4. de Cognitionibus.

V. 1.° *Propter reverentiam personarum prohibentur Liberti dicere testimonium in patronos, ut diximus.*

Hinc Honorius et Theodosius: Libertorum adversus Patronos illicitas atque improbas voces pœnæ objectione præcludimus: atque ita ut non solummodo sponte prodire non audeant, sed ne vocati quidem in judicium venire cogantur. *l.* 12. (*Alias* 11.) *Cod. h. t.*

Non dissimili ratione Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt. *l.* 6. (*Alias* 5.) *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est. *l.* 9. Paul. lib. 1. ad Sabin.

Tamen quum de ætate probanda agitur, Etiam matris professio filiorum recipitur; sed et avi recipienda est. *l.* 16. *ff. de probat.* Terentius-Clemens lib. 3. ad L. Jul. et Papiam.

VI. *Multo minus parentes et liberi invicem nec pro se nec adversus se Testes esse possunt, si liberi sint in potestate. Nam, ut rescribunt Valerianus et Gallienus:* Etiam Jure Civili domestici testimonii fides improbatur. *l.* 3. (*Alias* 2.) *Cod. h. t.*

Unde Testes eos quos accusator de domo produxerit, interrogari non placuit. *l.* 24. Paul. lib. 5. sent.

Enimvero Idonei non videntur esse Testes, quibus imperari potest ut testes fiant. *l.* 6. Licinnius-Rufinus lib. 2. regul.

VII. 2.° *Propter lubricum consilii arcentur Lege Julia impuberes, ut diximus; imo et Minores in criminalibus causis.*

VIII. 3.° *Reliqui quos Lex Julia enumerat, propter notam et infamiam vitæ suæ arcentur; quales sunt publico judicio damnati.*

V. G. Repetundarum damnatus, nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest. *l.* 15. Paul. lib. 2. sentent.

Non dissimili ratione: Ob carmen famosum damnatus, intestabilis sit. *l.* 21. Arcadius (qui et) Charisius lib. singul. de Testibus.

Neque damnatos solum: sed etiam In testimonium accusator citare non debet eum qui judicio publico reus erit. *l.* 20. Venuleius lib. 2. de Publicis Judiciis.

(*Obiter nota, ut modo supra diximus:* Aut qui minor viginti annis erit. *d. l.* 20.)

Item Cassius-Longinus non putat ei permittendum qui propter turpitudinem Senatu motus nec restitutus est, judicare vel testimonium dicere; quia Lex Julia repetundarum hoc fieri vetat. *l.* 2. *ff. de Senatorib.* Marcell. lib. 3. digest.

(1) Liquet etiam ex Tacito lib. 2. *Annal.* feminas in judiciis testes audiri. Primis tamen Reipublicæ seculis testimonium feminarum admissum non fuisse indicat Gellius VI. 7. dum ait cuidam Tarratiæ Vestali insigne privilegium Lege Horatia indultum esse ut testabilis esset.

(2) Sub stipulatione *Duplæ*.

(3) Libertus adversus patronum patronique liberos testis esse non potest.

Cæterum quamvis regulariter hæ personæ a testimoniis arceantur; in quibusdam tamen causis V. G. in crimine læsæ Majestatis earum testimonium accipitur: ut videb. infra lib. 47. Tit. Ad L. Jul. maj. *Hoc autem casu, circa eos qui regulariter ob infamiam arcentur, observandum est quod*, Si ea rei conditio sit ubi arenariuoi testem vel similem personam admittere cogimur; sine tormentis testimonio ejus credendum non est. *sup. d. l.* 21. § 2.

IX. 4.° *Præter causas ex quibus Lex Julia aliquem a testimonio ferendo excludit, etiam hæc enumeranda est: nimirum* Mandatis cavetur, ut Præsides attendant ne patroni in causa cui patrocinium præstiterunt, testimonium dicant. Quod et in executoribus negotiorum observandum est. *l.* 25. ARCADIUS (qui et) CHARISIUS LIB. SINGUL. DE TESTIBUS.

A contrario: Prodoci testis is non potest, qui ante in eum reum testimonium dixit (1). *l.* 23. VENULEIUS LIB. 1. DE JUDICIIS PUBLICIS.

X. *Jure Pandectarum* An fidem rei gestæ faciendam, etiam non rogatus Testis intelligitur. *l.* 11. POMPON. LIB. 33. AD SABIN.

Ex Novella autem XC. Testes rogati esse debent Tit. præced. N. 12.

XI. *Ex dicta Novella non admittitur testis qui cum eo adversus quem producitur, criminaliter litigat. Quod si lis sit pecuniaria et inimicus dicatur, auditur; ita ut de fide postea inquiratur.*

XII. *Judæorum et hæreticorum testimonium adversus Orthodoxos non recipitur. Manichæi autem et Pagani nec inter se Testes esse possunt. l.* 21. *Cod.* de Hæret. et Manich.

Diversa ratione Theodosius vetat Episcopum ad testimonium ferendum flagitari et admitti. l. 7. *Cod.* de Episc. et Cler. *Reliqui vero Clerici recte adhibentur.*

Ex Novella autem CXXIII. non debent quidem evocari Episcopi; sed mittitur ad ipsos ut propositis Evangeliis jurent et dicant quod noverunt.

XIII. *Vidimus qui Testes admittantur necne. Maxime autem* Nullus idoneus Testis in re sua intelligitur. *l.* 10. POMPON. LIB. 1. AD SABIN.

Hinc Valens, Gratianus et Valentinianus: Omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem Jura submoverunt. *l.* 10. *(Alias* 9.*) Cod. h. t.*

§ 2. *Quatenus is contra quem Testes producuntur, possit eos refutare.*

XIV. *Is contra quem Testes producuntur, potest allegare si quid est propter quod testimonium eorum recipi non debeat. Cæterum (inquit Justinianus)* Si quis Testibus usus fuerit, iidemque Testes adversus eum in alia lite producantur; non licebit ei personas eorum excipere: nisi ostenderit, inimicitias inter se et illos postea emersisse, ex quibus Testes repelli Leges præcipiunt; non adimenda scilicet ei licentia, ex ipsis depositionibus testimonium eorum arguere. Sed et si liquidis probationibus datione vel promissione pecuniarum eos corruptos esse ostenderit; etiam eam allegationem integram ei servari præcipimus. *l.* 17. *(Alias* 13.*) Cod. h. t.*

§ 3. *De officio judicis in recipiendis aut reprobandis Testimoniis.*

XV. *Non solum eorum qui Lege prohibentur, sed et aliorum testimonia quæ fide digna judex non putaverit, judex pro sua religione aut rejiciet aut cautius fidem eis adhibebit.*

Hinc Papinianus: Quæsitum scio, an in publicis judiciis calumniæ damnati, testimonium judicio publico perhibere possunt? Sed neque Lege Remmia prohibentur; et Julia LEX DE VI et REPETUNDARUM et PECULATUS, eos homines testimonium dicere non vetuerunt (2). Verumtamen QUOD LEGIBUS OMISSUM EST, NON OMITTETUR RELIGIONE JUDICANTIUM; ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem quod integræ (3) frontis homo dixerit, perpendere (4). *l.* 13. PAPIN. LIB. 1. DE ADULTER.

Hinc Modestinus: In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas examinanda sunt: et ideo Testes qui adversos fidem suam testationis vacillant, audiendi non sunt. *l.* 2. MODEST. LIB. 8. REGUL.

Item Arcadius: Testimoniorum usus frequens ac necessarius est; et ab his præcipue exigendus, quorum fides non vacillat. *l.* 1. ARCADIUS (qui et) CHARISIUS LIB. SING. DE TESTIBUS.

XVI. *Illud etiam spectare debet judex, an Testis aliquam dicti sui rationem reddat.*

Sic Bartolus et plerique vulgo accipiunt quod rescribunt Carus, Carinus et Numerianus: Sola testatione prolatam, nec aliis legitimis adminiculis causam approbatam, nullius esse momenti certum est. *l.* 4. *(Alias* 3.*) Cod. h. t.*

De judicis arbitrio circa fidem Testium, ita etiam Callistratus: TESTIUM FIDES DILIGENTER EXAMINANDA EST. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis conditio cujusque: utrum quis Decurio, an plebeius sit, et an honestæ et

(1) Budæus censet legendum: *Produci testis non potest in reum, qui ante in eum testimonium dixit.* Hæc lex, ut ex inscriptione liquet, ad publica judicia pertinet. Ratio legis est; quia suspectus inimicitiæ est, qui sæpius in eumdem testis insurgit. In civilibus causis huic legi locum non esse censet Wissenbachius.

(2) Vetuerunt quidem testimonium dicere reum criminis, quod his publicis judiciis vindicatur, damnatum supra N. 4. Accusatorem autem in his publicis judiciis calumniæ damnatum, non vetuerunt testimonium dicere.

(3) *Integræ frontis* hominem opponit ei qui *Calumniæ damnatus* est, cui frons littera *K* inurebatur.

(4) Sensus est: si judex etiam ejus hominis qui integræ famæ est testimonium non aliter admittit quam si illud perpenderit; multo magis licebit ei repudiare testimonium ejus qui calumniæ damnatus est.

inculpatæ vitæ, an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit adversus quem testimonium fert; vel amicus ei sit pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium; vel propter personam a qua fertur, quod honesta sit; vel propter causam, quod neque lucri neque gratiæ neque inimicitiæ causa sit; admittendus est. *l.* 3. CALLISTRATUS LIB. 4. DE COGNITIONIBUS.

Interdum etiam judex maxime inquirere debet quæ sit in Teste animi constantia.

Enimvero (ut rescribunt Diocletianus et Maximianus) Eos Testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet, qui omni gratiæ et potentatui fidem religioni judiciariæ debitam possint præponere. *l.* 5. *(Alias 4.) Cod. h. t.*

XVII. *Merito autem judici permittitur ut, ex inquisitione eorum quæ diximus, dispiciat an credendum sit alicujus testimonio necne.* Ideoque Divus Hadrianus Vivio-Varo Legato provinciæ Ciliciæ rescripsit, eum qui judicat magis posse scire quanta fides habenda sit Testibus. Verba epistolæ hæc sunt: « TU MAGIS scire putes quanta fides habenda » sit Testibus: qui, et cujus dignitatis et cujus » existimationis sint, et qui simpliciter visi sint » dicere; utrum unum eumdemque meditatum » sermonem attulerint; an ad ea quæ interroga- » veras, ex tempore verisimilia responderint ». *sup. d. l.* 3. § 1.

Ejusdem quoque Principis extat Rescriptum ad Valerium-Verum (1) de excutienda fide Testium in hæc verba: « QUÆ ARGUMENTA ad quem modum » probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo » satis definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe; » sine publicis monumentis cujusque rei veritas » deprehenditur. Alias numerus Testium, alias di- » gnitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama » confirmat rei de qua quæritur fidem. Hoc ergo » solum tibi rescribere possum summatim: Non » utique ad unam probationis speciem, cognitio- » nem statim alligari debere; sed ex sententia » animi tui te æstimare oportere, quid aut cre- » das, aut parum probatum tibi opinaris ». *d. l.* 3. § 2.

§ 4. *De numero Testium ad conficiendam probationem necessario.*

XVIII. Ubi numerus Testium non adjicitur, etiam duo sufficient. Pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est. *l.* 12. ULP. LIB. 37. AD ED.

Interdum autem plures requiruntur. V. G. Requiruntur ad generis probationem Testes quinque, si desint instrumenta; vel tres, si illis instrumenta suffragentur. *l.* 15. § 1. *Cod. h. t.* (2).

Item ex Constitutione Justiniani, ejus debiti quod per scripturam probatum est, solutio nonnisi per quinque Testes summæ atque integræ opinionis probatur. Si tamen de incendio aliove fortuito casu quis doceat quo apocham peremptam dicat, Jure communi solutionem per Testes probare poterit. l. 18. *(Alias 14.)* Cod. h. t.

XIX. *Nunquam autem pauciores Testes quam duo fidem faciunt.*

Ita enim rescribit Constantinus: Sanximus ut unius testimonium nemo judicum in quacumque causa facile (3) patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus ut unius omnino Testis responsio non audiatur, etiamsi præclaræ Curiæ honore præfulgeat. *l.* 9. *(Alias 8.)* § 1. *Cod. h. t.*

Cæterum plures Testes intelliguntur; quamvis ex una eademque domo sint.

V. G. Pater et filius qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, Testes utique in eodem testamento vel eodem negotio fieri possunt: quoniam nihil nocet, ex una domo plures Testes alieno negotio adhiberi. *l.* 17. ULP. LIB. SING. REGUL.

ARTICULUS II.

De evocatione Testium.

§ 1. *Qui Testes evocandi sint necne.*

XX. *Regulariter quæcumque personæ testimonium dicere tenentur.*

Unde Illud quoque incunctabile est, ut, si res exigat, non tantum privati, sed etiam Magistratus si in præsenti sint testimonium dicant. Item Senatus censuit, Prætorem testimonium dare debere in judicio adulterii causa. *l.* 21. § 1. ARCADIUS (qui et) CHARISIUS LIB. SING. DE TESTIBUS.

XXI. *Quædam tamen personæ non possunt invitæ ad testimonium evocari, saltem in criminalibus causis. Nam* Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosve qui priore gradu sint: item, ne liberto ipsius, liberorum ejus, parentum, viri, uxoris, item patroni patronæ, et ut ne patroni patronæ adversus libertos neque liberti adversus patronos cogantur testimonium dicere. *l.* 4. PAUL. LIB. 2. AD L. JUL. ET PAPIAM.

In Legibus quibus excipitur ne gener aut socer

(1) Forte legendum *Severum*, et intelligendum de illo *Valerio Severo* Jurisconsulto in Digestis laudato; de quo in Præfat.

(2) Hæc Constitutio Zenonis in vulgatis Editionibus integra deest. Restituta est a Cujacio ex Basilicis, et extat in Editione Gothofredi.

(3) Hinc colligit Wissenbachius aliquando [licet raro] admitti posse unius testimonium; puta, in causis pecuniariis parvi momenti.

invitus testimonium dicere cogeretur; Generi appellatione sponsum quoque filiæ contineri placet; item Soceri, sponsæ patrem. *l.* 5. Gaius lib. 4. ad L. Jul. et Papiam.

Item Generi appellatione, et neptis et pronepțis tam ex filio quam ex filia editarum, cæterarumque, maritos contineri manifestum est. *l.* 136. *ff. de Verb. signif.* Ulp. lib. 5. ad L. Jul. et Papiam.

Pariter Soceri, socrus appellatione, avum quoque et aviam uxoris vel mariti contineri respondetur. *l.* 146. *d. tit.* Terentius-Clemens lib. 2. ad L. Jul. et Papiam.

XXII. Testes non temere evocandi sunt per longum iter; et multo minus milites avocandi sunt a signis vel muneribus, perhibendi testimonii causa: idque Divus Hadrianus rescripsit. Sed et Divi Fratres rescripserunt: « Quod ad Testes evocandos » pertinet; diligentiæ judicantis est, explorare » quæ consuetudo in ea provincia in quam judi- » cat, fuerit. Nam si probabitur sæpe in aliam » civitatem, testimonii gratia plerosque evocatos; » non esse dubitandum quin evocandi sint, quos » necessarios in ipsa cognitione deprehenderit qui » judicat ». *l.* 3. § 6. Callistrat. lib. 4. de Cognitionibus.

Scævola pariter ait: Inviti testimonium dicere non coguntur senes, valetudinarii, vel milites; vel qui cum Magistratu Reipublicæ causa absunt, vel quibus venire non licet. *l.* 8. Scævola lib. 4. regul.

Similiter Inviti testimonium non dicunt publicani: item is qui non detractandi testimonii causa abfuit: item is qui quid exercitui præbendum conduxerit. *l.* 19. Ulp. lib. 8. de officio Proconsulis.

XXIII. Sed nec pupillis testimonium denuntiari potest. *d. l.* 19. § 1.

Ex Novella XC. qui litigatores conciliare tentaverunt, non coguntur ad ferendum testimonium; nisi utraque pars consentiat.

§ 2. *De numero Testium evocandorum et quomodo evocentur.*

XXIV. Quanquam quibusdam Legibus amplissimus numerus Testium definitus sit; tamen ex Constitutionibus Principum hæc licentia ad sufficientem numerum Testium coarctatur: ut judices moderentur, et eum solum numerum Testium quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur; ne effrænata potestate ad vexandos homines superflua multitudo Testium protrahatur. *l.* 1. § 2. Arcad. (qui et) Charisius lib. singul. de Testibus.

Circa modum evocandi Testes constituit Justinianus, in pecuniariis causis non cogendos Testes carere ut ad testimonium se sistant; sed aut fidejussorem dare debere, aut si satisdare nollent, jusjurandum ab his exigendum. l. 19. *(Alias 15.)* Cod. h. t.

§ 3. *De officio judicis in non immorandis diutius Testibus evocatis, et eis præstanda indemnitate.*

XXV. *Judex Testes morari non debet ultra quindecim dies, ex quo admoniti fuerint. Sin, eo tempore elapso, licet Testibus a judice discedere: nec iterum eos revocare judex potest. Tenetur autem judex, quum in culpa est, parti læsæ omnem jacturam pro hujusmodi causa illatam resarcire.* d. l. 19. Cod. h. t.

XXVI. *Debet judex vel producentem vel eum contra quem Testes producti sunt, damnare erga Testes in sumptus quos fecerunt.* l. 11. *(Alias 10.)* Cod. h. t.

ARTICULUS III.

Quomodo testimonia perhibeantur; et quoties in una causa fieri possit Testium productio.

§ 1. *An Testes coram judice et in partium præsentia, et jurati demum fidem faciant.*

XXVII. *Testes coram judice testimonium perhibere oportet.*

Hinc Divus Hadrianus Junio-Rufino Proconsuli Macedoniæ rescripsit, Testibus se, non testimoniis crediturum. Verba epistolæ ad hanc partem pertinentia hæc sunt: « Quod crimina objecerit » apud me Alexander Apro; et quia non proba- » bat, nec Testes producebat, sed testimoniis uti » volebat quibus apud me locus non est; nam » ipsos interrogare soleo: quem remisi ad provin- » ciæ Præsidem, ut is de fide Testium quæreret, » et nisi implesset quod intenderat, relegare- » tur ». *l.* 3. § 3. Callistratus lib. 4. de Cognitionibus.

Gabinio quoque Maximo idem Princeps in hæc verba rescripsit: « Alia est auctoritas præsentium » Testium, alia testimoniorum quæ recitari so- » lent ». *d. l.* 3. § 4.

Obiter nota quod sequitur: Tecum ergo delibera ut, si retinere eos velis, des eis impendia. *d.* § 4.

Constitutio autem Justiniani præcipit, ut si quidem Testes in urbe habitent, propria voce testimonium ferant: Si vero non adfuerint, mitti ad eos jubet procuratores partium ut apud eos deponant quæ noverint, vel dejerent quæ ignorant. *l.* 16. *Cod. h. t.* (1).

Quæ omnia item sine damno et impendio Testium vult procedere. d. l. 16. § 1.

Item constituit ut in civilibus causis, si Testes sunt in alia provincia, audiantur apud Præsidem hujus provinciæ aut Defensorem civitatis; mittanturque acta ad judicem apud quem lis pendet.

(1) Deest hæc Constitutio in vulgatis Editionibus. Extat in Editione Gothofr.

Quod si Testes apud compromissarios judices fuerunt producti; eorum depositionibus litigator in judicio recte utetur, sive adhuc vivant Testes, sive mortui fuerint. Si tamen vivant: is adversus quem producuntur, poterit desiderare ut rursus Testes apud judicem testimonium perhibeant. l. fin. Cod. h. t.

XXVIII. *Apud quemcumque autem Testes Testimonium perhibeant, prius jurare debent. Ita enim Constantinus*: Jurisjurandi religione Testes priusquam perhibeant testimonium jamdudum arctari præcipimus (1): et ut honestioribus potius Testibus fides adhibeatur. *l.* 9. *(Alias* 8.) *Cod. h. tit.*

Sciendum est etiam quod ad audiendum testimonium Testium partes ab executoribus litium admonentur. Cæterum alterutra parte cessante, recte judex Testes audit. l. 19. *(Alias* 15.) Cod. h. t. *juncta Authentica seq.*

§ 2. *Quoties in una causa fieri possit Testium productio.*

XXIX. *Ea de re statuit Novella XC. ut, etsi quis semel duntaxat aut bis Testes produxerit; si testificata didicerit, non concedatur ei ulterius producere: ei autem qui nondum testificata didicit, quarta productio concedatur.*

ARTICULUS IV.

Quomodo et a quibus judicibus puniantur falsi Testes.

XXX. Qui falso vel varie testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt; a judicibus competenter (2) puniuntur. *l.* 16. Paul. lib. 5. sent.

Circa falsos autem Testes hæc extat Græca Constitutio Zenonis (3): Ο ΤΑ ΨΕΥΔΗ etc. [id est] « *QUI* falsa in testimonio protulerit, primum » quidem de perjurio, deinde falsi crimine conve» nitur. Quod si eum in ipso testimonii tempore » mentiri, suspicio sit; verberatur. Quod si is qui » ex falso testimonio condemnatus est, civiliter » agere contra Testem voluerit; quidquid damni » fecit, ab eo recipiet: ac præterea falsus ille » Testis definitam Legibus pœnam sustinebit. » Quod si etiam in ipsa lite principali convictus » mendacii fuerit; officium judicis est ut eum vel in » totam litem quæ illi mota est contra quem testi» monium dixit, vel in minus condemnet, vel etiam » pœnis subjiciat: servatis omnibus quæ jam sta» tuta sunt de his qui falsum testimonium perhi» bent ». *l.* 13. *Cod h. t.*

Constitutio Justiniani dat pedaneis judicibus potestatem puniendi falsos Testes; et eos tormentis subjiciendi si plebeii sint: adhibito tamen Præfecto Vigilum. Quod si decuriones sint aut in aliqua dignitate; rem referre debent ad Magistratum. l. 15. Cod. h. t. (4).

Et jam ante Zeno constituerat ut Testes in quos animadvertendum est; nullum fori præscriptionem, ne quidem armatam militiam objiceri possint. l. 14. *(Alias* 12.) Cod. h. t.

(1) Ea in re Jus antiquum confirmat Constantinus; ut liquet ex Seneca qui lib. 2. *de Ira* cap. 29. ait: *De parvula summa judicaturo tibi res sine Teste non probaretur; Testis sine jurejurando non valeret.*

(2) Legimus apud Paulum d. lib. 5. *Sentent.* Tit. 13. § 5. *Aut in exilium aguntur, aut in insulam relegantur, aut curia submoventur.* Tribonianus cui forte hæ pœnæ displicuerunt, substituit hæc verba *competenter puniuntur.*

(3) Deest hæc Constitutio Zenonis in vulgatis Editionibus. Extat in Editione Gothofr.

(4) Deest item hæc Justiniani Constitutio, præterquam in Edit. Gothofr.

TITULUS VI.

DE JURIS ET FACTI IGNORANTIA.

In *multis contractibus et negotiis de quibus actum est superioribus libris, sæpe interest an quis quædam sciverit, an ignoraverit; et an in Jure, an in Facto erraverit. Hinc subjicienda fuit hæc tractatio* de Juris et Facti Ignorantia.

§ 1. *Quotuplex sit Ignorantia.*

I. Ignorantia vel Facti vel Juris est. *l.* 1. Paul. lib. 44. ad Ed.

Ignorantia Juris *est, Ignorare quæ Legibus et moribus constituta sunt.*

Ignorantia Facti *est, Ignorare quidpiam contigisse aut quomodo contigerit.*

Hoc exemplis illustrari potest. Ecce enim Si quis sciat quidem alii delatam esse bonorum possessionem, nesciat autem ei tempus præterisse bonorum possessionis; in Facto errat. Idem est, si putet eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat eum non petisse, tempusque ei præterisse; ignoret autem

sibi ex Successorio Capite competere bonorum possessionem; cedet (1) ei tempus, quia in Jure errat. *d. l.* 1. § 3.

Idem dicemus, si ex asse (2) heres institutus non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas: quod si nesciat esse tabulas, in Facto errat. *d. l.* 1. § 4.

Si quis nesciat se cognatum esse; interdum in Jure, interdum in Facto errat. Nam si et liberum se esse et ex quibus natus sit sciat, jura autem cognationis habere se nesciat; in Jure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium esset ignoret; et serviat alicui, putans se servum esse; in facto magis quam in Jure errat. *d. l.* 1. § 2.

§ 2. *Proponuntur duæ regulæ generales circa ea in quibus nocet aut prodest Ignorantia Juris vel Facti.*

II. *In eo differunt Ignorantia Juris et Ignorantia Facti quod, quum quis certat de acquirendo, si quidem per Ignorantiam Juris hoc contingit, sua ei nocere debeat Ignorantia; si autem per Ignorantiam Facti, nocere ei non debeat. Hinc illa regula quæ a Doctoribus traditur:* In lucris nocet error Juris, non Facti.

In eo autem conveniunt quod, quidquid aliquis sive per Ignorantiam Juris sive per Ignorantiam Facti gesserit, non ei obsit quominus rem suam reposcere aut retinere possit. Hinc altera regula: Error quilibet, non nocet in damnis.

Duas illas regulas in unam ita complectitur Papinianus: Error Facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: Juris autem error nec feminis in compendiis prodest. Cæterum omnibus Juris error, in damnis amittendæ rei suæ non nocet. *l.* 8. Papin. lib. 1. definit.

Idem alibi: Juris Ignorantia non prodest acquirere volentibus; suum vero petentibus non nocet. *l.* 7. Papin. lib. 19. quæst.

III. *Et hanc regulam tam ad feminas quam ad mares porrigi, rescribunt etiam Leo et Anthemius. Ita illi:* Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his quæ prætermiserint vel ignoraverint; statuimus si per Ignorantiam Juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus (3) in quibus præteritarum Legum auctoritas eis suffragatur, subveniri. *l.* 13. *Cod. h. t.*

§ 3. *Exemplis declaratur prima Regula:* In lucris nocet Juris error, non Facti.

IV. *Discrimen quod inter utramque Ignorantiam notavimus; scilicet ut, etiam quum de acquirendo agitur, Ignorantia Facti non noceat, Ignorantia autem Juris noceat; potest pluribus exemplis illustrari.* Nam si quis nesciat decessisse eum cujus bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus (4). Sed si sciat quidem defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri; aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem quod scriptis heredibus bonorum possessionem Prætor promittit; cedit ei tempus quia in Jure errat. Idem est, si frater consanguineus defuncti credat matrem potiorem esse. *l.* 1. § 1. Paul. lib. 44. ad Edict.

Similiter Juris Ignorantiam in usucapione (5) negatur prodesse, Facti vero Ignorantiam prodesse constat. *l.* 4. Pompon. lib. 13. ad Sabin.

V. *Item* Si quis Jus ignorans Lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit Epistola Divi Pii. Sed et Imperatores Severus et Antoninus in hæc verba rescripserunt: « Quod ex causa fideicommissi in» debitum datum est, si non per errorem solutum » est, repeti non potest. Quamobrem Cargiliani » heredes qui, quum ex testamento ejus pecuniam » ad opus aquæductus Reipublicæ Cirtensium re» lictam solverent, non solum cautiones non exi» gerunt quæ interponi solent (ut, quod amplius » cepissent municipes quam per Legem Falcidiam » licuisset, redderent); verum etiam stipulati » sunt, ne ea summa in alios usus converteretur » et scientes prudentesque passi sunt eam pecu» niam in opus aquæductus impendi; frustra pos» tulant reddi sibi a Republica Cirtensium quasi » plus debito dederint: cum sit utrumque ini» quum, pecuniam quæ ad opus aquæductus data » est repeti, et Rempublicam ex corpore patri» monii sui impendere (et) in id opus quod totum » alienæ liberalitatis gloriam repræsentet. Quod si » ideo repetitionem ejus pecuniæ habere credunt, » quod imperitia lapsi, Legis Falcidiæ beneficio usi » non sunt; sciant Ignorantiam Facti, non Juris » prodesse; Nec stultis solere succurri, sed » errantibus ».

Et licet Municipum mentio in hac Epistola fiat; tamen et in qualibet persona idem observabitur. Sed nec, quod in opere aquæductus relicta esse pecunia proponitur, in hunc solum casum cessare repetitionem dicendum est. Nam initium Constitutionis generale est: demonstrat enim, si non per errorem (6) solutum sit fideicommissum quod indebitum fuit, non posse repeti.

Item et illa pars æque generalis est; ut, qui Juris Ignorantia Legis Falcidiæ beneficio usi non sunt, nec possint repetere: ut secundum hoc posit dici, etiamsi pecunia quæ per fideicommissum relicta

(1) Nam ignorantia seu error *Juris* nocet; ut modo dicetur.

(2) Ex Legibus Caducariis, heredi ex parte scripto hereditas aut Bonorum possessio non defertur ante apertas tabulas; verum heredi ex asse scripto defertur ex die mortis.

(3) Vid. infra N. 8.

(4) Quia in Facto errat.

(5) Error *Juris* esset, si emeres ab impubere sine tutoris auctoritate, ignorans hanc auctoritatem esse necessariam. Error *Facti* est, si ignoraveris eum esse impuberem: et hic error proderit tibi ut ex hac emptione videaris possidere *Pro emptore*, et usucapere possis; scilicet si hic impubes rem alienam tibi vendidit. Nam si propriam tibi vendidisset; alia ratione non poteris usucapere, quia res pupilli non potest usucapi.

(6) Et quidem errorem *Facti*.

est, quæque soluta est, non ad aliquid faciendum relicta sit, et licet consumpta non sit, sed extet apud eum cui soluta est; cessare repetitionem. *l.* 9. § 5. PAUL. LIB. SING. DE JUR. ET FACTI IGNOR.

Item rescribunt Diocletianus et Maximianus : Cum quis Jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio (1). Per Ignorantiam enim Facti tantum, indebiti soluti repetitionem competere tibi notum est. *l.* 10. *Cod. h. t.*

VI. *Alia exempla in quibus Juris Ignorantia nocet quum de acquirendo agitur, videre est in sequentibus Rescriptis.*

In primo ita Gordianus. Cum Ignorantia Juris excusari facile non possis; si major annis viginti quinque hereditati matris tuæ renuntiasti, sera prece aubveniri tibi desideras. *l.* 2. *Cod. h. t.*

In altero similiter rescribit Philippus : Si emancipata a patre, intra annum bonorum possessionem petere cessasti; prætendere Juris Ignorantiam nullis rationibus potes. *l.* 3. *Cod. h. t.*

Contra ex sequenti Rescripto liquebit Ignorantiam Facti prodesse, etiam quum de acquirendo agitur; videlicet ad revocandum quod per talem Ignorantiam alienatum est.

Ita enim rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si post divisionem factam, testamenti vitium in lucem emerserit; ex his quæ per Ignorantiam confecta sunt, præjudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem virum Clarissimum amicum nostrum, testamentum vel fide veri deficere, vel Juris ratione (2) stare non posse: ut infirmata scriptura quæ testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas. *l.* 4. *Cod. h. t.*

VII. *Vidimus Ignorantiam Facti ab Ignorantia Juris differre in eo quod hæc, quum de acquirendo agitur, noceat; altera autem non noceat. Hujus autem discriminis rationem ita tangit Neratius* : In omni parte error in Jure non eodem loco quo Facti ignorantia, haberi debebit: cum Jus finitum et possit esse, et debeat; Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. *l.* 2. NERAT. LIB. 5. MEMBRAN.

Enimvero cum Jus finitum sit, debet unusquisque aut illud scire, aut de eo consulere peritos; adeoque ejus Ignorantia culpabilis est, et merito nocet.

Hinc Valentinianus, Theod. et Arcadius : Constitutiones Principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus. *l.* 12. *Cod. h. t.*

§ 4. *Quas limitationes patiatur regula supra dicta.*

VIII. *Quod hactenus diximus, Ignorantiam Juris quum de acquirendo agitur nocere, limitationem patitur. Cum enim ideo noceat quia culpabilis est; hinc sequitur quod certis personis in quibus excusabilis est, nocere non debeat.*

Tales sunt 1.° *Minores* 25 *annis* : 2.° *Quandoque et feminæ, ut docet Paulus.*

Ita ille : Regula est, JURIS QUIDEM IGNORANTIAM CUIQUE NOCERE, FACTI VERO IGNORANTIAM NON NOCERE. Videamus igitur in quibus speciebus locum habere possit: ante præmisso quod minoribus viginti quinque annis Jus ignorare permissum est. Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur. Et ideo, sicubi non est delictum (3) sed Juris Ignorantia, non læduntur. Hac ratione, si minor viginti quinque annis filiofamilias crediderit; subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse. *l.* 9. PAUL. LIB. SINGUL. DE JURIS ET FACTI IGNORANTIA.

Et recte circa feminas addit Paulus IN QUIBUSDAM CAUSIS. *Non enim sicut Minores, ita feminæ adversus Juris errorem semper restituuntur; sed in quibusdam duntaxat causis condonatur Juris error feminis sicut et rusticis* : *Nimirum ut liberentur a pœna Legis adversus quam præsumuntur per Ignorantiam magis quam dolo peccasse; quæ præsumptio in cæteris personis non admittitur. Exemplum vidimus supra lib.* 2. *Tit.* de Edendo *N.* 13. (4).

Indistincte autem feminæ condonatur Juris error, si ipsa Minor sit. Unde Constantinus : Quamvis in lucro nec feminis Jus ignorantibus subveniri soleat; attamen contra ætatem adhuc imperfectam, locum hoc non habere retro Principum statuta declarant. *l.* 11. *Cod. h. t.*

A fortiori pupillis quibuslibet sine tutore agentibus

(1) Nam qui repetit quod indebite solvit, certat de acquirenda re quam solvendo alienavit. Porro error *Juris* [ut vidimus] nocet acquirere volentibus. Ita fere Cujacius.

Tamen contra hunc disertum textum multi Interpretes existimant id quod etiam errore *Juris* solutum est, posse repeti *Condictione indebiti*; nec putant videri posse acquirere et de lucro certare, eum qui quod suum erat et per errorem amisit, vult recuperare. Nec desunt textus ad hanc sententiam stabiliendam: ut lex 9. § 3. ff. *Ad SC. Velleïan.* item l. 59. ff. h. tit. in quarum legum specie, fidejussori qui pactus ne peteret, per errorem postea solvit, Condictio datur. Atqui tamen in eo fidejussore supponi non potest alia Ignorantia quam aut *Facti* proprii quæ non admittitur [ut modo infra N. 11.], aut Ignorantiam *Juris*. Rescriptum autem Diocletiani, cujus interpretationem hic quærimus, obtinere volunt in eo duntaxat casu quod id solutum est quod, etsi proprie loquendo ne natura quidem deberetur, cum esset tale ut quis potuisset honeste non solvere, tamen honestius fecisset si solveret. Exemplum afferunt in herede qui, etsi honeste Falcidiam retinere possit, tamen honestius facit eam non dedarendo et plenam fidem exhibendo defuncto. His casibus fatentur Ignorantiam *Juris* obstare repetitioni. Quibus vero casibus nulla vera causa suberat propter quam solveretur, volunt repetitionem concedi tam ei qui in Jure quam ei qui in Facto erravit. Vid. Vinn. lib. 1. *Quæst.* cap. 2. Valde probabilis hæc sententia, et magis æquitati favens quam sententia Cujacii.

(2) Puta, quia unus ex testibus erat servilis conditionis; quod tu ignoraveras.

(3) Nam in delictis ætas non excusat.

(4) Cujacius in Not. ad. l. 8. ff. h. t. plura alia exempla refert: ut si mulier ignorans Edictum Prætoris, aperuerit testamentum ante quæstionem de familia habitam. l. 3. § 12. ff. *Ad SC. Sillanian.*

non nocebit Juris Ignorantia. Nam Impuberes sine tutore agentes, nihil posse scire intelliguntur. *l.* 10. Papin. lib. 6. respons.

IX. 3.° *Militibus etiam nocere non debet Ignorantia Juris. Hinc Paulus :* Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire per Constitutiones Principales (1); Jus ignorare potest, et ideo ei dies aditionis non cedit. *sup. d. l.* 9. § 1.

X. *Est et* 4.° *exceptio quæ locum habet in quibuscumque personis quæ Jus ignoraverint. Addit enim Paulus :* Sed Juris Ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat; si Jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit; ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit Juris Ignorantia : quod raro accipiendum est. *d. l.* 9. § 3.

XI. *Hactenus de Ignorantia* Juris.

Quod autem diximus Ignorantiam Facti *nec quum de acquirendo agitur obesse, limitationem etiam patitur. Cum enim hoc ideo obtineat, quia inculpabilis videtur; hinc sequitur quod ait idem Paulus :* Sed Facti Ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur. Quid enim, si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi (2), neque negligentissimi hominis accipiendam; verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. *d. l.* 9 § 2.

Similiter Ulpianus : Nec supina Ignorantia ferenda est, Factum ignorantis; ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo æstimanda est, ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit; neque delatoria (3) curiositas exigatur. *l.* 6. Ulp. lib. 18. ad L. Jul. et Papiam.

Sed Cassius Ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert, non deperditi (4) et nimium securi (5) hominis. *l.* 3. § 1. Pompon. lib. 3. ad Sabin.

Vulgo autem supina videbitur Ignorantia, si quis proprium Factum ignoret : inculpabilis autem plerumque est alieni Facti Ignorantia. Sic accipe quod ait Pomponius : Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret, an de jure suo ignorat. *d. l.* 3.

§ 5. *Declaratur altera regula :* Error quilibet non nocet in damnis.

XII. *Denique quod diximus commune esse Ignorantiæ tam culpabili quam inculpabili ut in damnis amittendæ rei suæ non noceat, hoc exemplo illustratur.*

Vir (6) dotem quam ex pacto filiæ nomine retinere potuit, si lapsus errore non retinuit; filiam, quæ patri sola, matri pro parte heres extiterit, apud arbitrum divisionis non improbe dotis perperam a patre solutæ præceptionem desiderare constitit. *l.* 26. § 1. *ff. de Pact. dotal.* Papin. lib. 4. respons.

XIII. *Observandum tamen est, adversus rem judicatam non prodesse Ignorantiam.*

Hinc Constantinus et Maximianus rescribunt : Error Facti necdum finito negotio nemini nocet. Nam (7) causa decisa, velamento tali non instauratur (8). *l.* 7. *Cod. h. t.*

Excipiendi sunt milites quibus etiam adversus Sententiam Ignorantia tam Juris *quam* Facti *prodest.*

Hinc Antoninus : Quamvis, quum causam tuam ageres, Ignorantia Juris propter simplicitatem armatæ militiæ allegationes competentes omiseris; tamen si nondum satisfecisti, permitto tibi, si cœperis ex Sententia conveniri, defensionibus tuis uti. *l.* 1. *Cod. h. t.*

§ 6. *An scientia vel Ignorantia alterius alteri prosit aut noceat.*

XIV. *Ex hactenus dictis patet, sæpe in negotiis prodesse aut nocere aliquid scivisse aut ignorasse. Cæterum* Iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius quam suam nocere, vel Ignorantiam alterius alii profuturam. *l.* 5. Terentius-Clemens lib. 2. ad L. Jul. et Papiam.

Hæc autem regula ita intelligenda est, ut alterius scientia non noceat, aut Ignorantia prosit, alteri Cuiquam *qui suo nomine negotium gerit, aut cujus nomine geritur.*

Et quidem eo casu, etsi alieni juris sit quis ; ne quidem patris aut domini cui acquirit scientia, sed sua duntaxat ei nocebit : nec alterius, etiam patris aut domini, ignorantia ei proderit ; sed sua

(1) Et hoc errore ductus, adire cesset per tempus cretionis.

(2) Curiosus a *cura* et sollicitudine dicitur : [*Un homme vigilant, alerte pour ses affaires*].

(3) Maxime *curiosi* sunt delatores. Hinc magna curiositas, hic appellatur Delatoria curiositas.

(4) Budæus pro *deperditi* legendum censet *desidia præditi*.

(5) *Securus* dicitur, qui sine ulla cura est. Bud. *

(6) In specie hujus legis; vir pactus erat ut divortio facto, filio vel filia superstite, dotem retineret. Oblitus hujus pacti, eam restituit. Hæc ignorantia est culpabilis, scilicet proprii facti. Tamen cum non hic agatur de lucro captando, sed de recuperatione damni quod passus est solvendo quod non debebat; prodest hæc Ignorantia ipsius heredi, ut perperam solutum recipiat.

(7) *Nam* pro *sed*.

(8) Ratio hujus exceptionis petenda est ab auctoritate rei judicatæ. Non enim solvitur sine causa, quod solvitur ex causa rei judicatæ; licet inique judicata sit.

duntaxat. Hinc V. G. quum filio delata est Bonorum possessio ; sola scientia quam habet filius delatæ sibi Bonorum possessionis, nocet ei ut tempus hujus petendæ labatur : non scientia patris, quamvis ipsi ejus commodum acquiratur. Et vice versa Ignorantia patris non prodest filio ut non labatur tempus, quum ipse scivit et certiorare patrem potuit ; sed sua duntaxat. l. 3. et l. fin. ff. Quis ordo in bonor. poss.

Aliud habes exemplum in actione In factum *quæ, quum liber homo dolo passus est se pro servo venumdari, in eum emptori datur quum emptor scivit ; denegatur autem quum ignoravit. Nam scientia patris non nocet filio qui ignorans suo nomine emit, quominus filius hanc* In factum *actionem acquirat patri ; nisi præsens fuisset pater : et vice versa Ignorantia patris non prodest ad eam acquirendam, sed sola Ignorantia filii. l. 16. §§ 3 et 4. ff.* de Liber. caus.

Jam vero hæc omnia ita se habent, quum servus aut filius suo nomine negotium gerit. Quum enim servus aut filius nomine patris aut domini, aut etiam extraneus procurator ex mandato alicujus, quid gerit ; tunc ejus cujus nomine geritur scientia et Ignorantia spectanda est. l. 17. ff. d. tit. de Liber. caus.

Notandum superest, regulam nostram fallere in actione Redhibitoria *ob vitium servi aut animalis ; quæ denegatur domino qui vitium cognovit, quamvis servus qui emit illud ignorasset.* l. 51. *ff.* de Ædilit. Edict. *Fusius hæc vid. apud Cujacium ad h. l.*

LIBER VIGESIMUS-TERTIUS.

TITULUS I.

DE SPONSALIBUS.

Supra egerunt Pandectarum ordinatores de variis contractibus, necnon de his quæ tractationi de contractibus ac essoria visa sunt. Jam tractationem de contractu Dotis (*de quo agere omiserant, quia speciali tractatione dignus videbatur*) *in hoc libro et sequentibus aggrediuntur. Cum autem dotis contractus fiat nuptiarum causa, nuptiasque præcedere soleant Sponsalia, rem ab exordio repetunt, præmittuntque hunc Titulum* DE SPONSALIBUS.

Tractandum est 1.° De ipsis Sponsalibus; 2.° De contractibus quæ Sponsalia comitari solent.

ARTICULUS I.

De Sponsalibus.

I. SPONSALIA sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. *l.* 1. FLORENTINUS LIB. 3. INSTIT.

Sponsalia autem dicta sunt a spondendo. Nam moris fuit Veteribus, stipulari et spondere sibi uxores futuras. *l.* 2. ULP. LIB. SINGUL. DE SPONSALIB.

Unde et sponsi sponsæque appellatio nata est. *l.* 3. FLORENTIN. LIB. 3. INSTIT.

Enimvero (*ut ex Gellio discimus lib.* 4. Noct. Attic. *cap.* 4.) SPONSALIA in ea parte Italiæ quæ Latium appellatur, hoc more atque jure solita fieri scripsit Servius Sulpitius in libro quem scripsit DE DOTIBUS : « Qui uxorem (inquit) ducturus » erat, ab eo unde ducenda erat, stipulabatur eam » in matrimonium ductum iri. Qui daturus erat, » itidem spondebat se daturum. Is contractus » stipulationum sponsionumque, dicebatur SPONSALIA : tum quæ promissa erat, SPONSA appellabatur, qui spoponderat ducturum, SPONSUS. » Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur » aut non ducebatur, qui stipulabatur, EX SPONSU » agebat : judices cognoscebant. Judex quam ob » rem data acceptave non esset uxor, quærebat. » Si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia » æstimabat ; quantique interfuerat eam uxorem » accipi aut dari, eum qui spoponderat aut qui » stipulatus erat condemnabat ».

Hoc jus Sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus quo Civitas universo Latio Lege Julia data est. Hæc eadem Neratius scripsit in libro quem DE NUPTIIS composuit.

Hucusque Gellius.

Neque apud Latinos solum, solennis fuit per stipulationes Sponsaliorum ritus, sed et apud Romanos quoque stipulationes ea de re intervenire solebant; quarum formulam nobis exhibet Plautus in Curcul. *Act. V, Scen.* 2, *Phædronus ita a Milite stipulatur : Ph.* SPONDESNE, Miles, mihi hanc uxorem? *M.* SPONDEO. *Hinc distinctio inter* Speratas, Pactas, *et* Sponsas; *quam ita explicat Gronovius ad Gellium : « Primum virgo* SPERATA *dicebatur; quum » conventa erat conditio*, PACTA (1); *ubi interpositæ » stipulationes*, SPONSA ».

Cæterum hæ stipulationes et alia quæ ad ritum Sponsaliorum pertinebant, ut arrhæ et annulus pronubus (*quæ describit Brissonius, in libro* de Ritu Nuptiar.) *non erant ex substantia sponsaliorum ; quæ etiam nudo consensu contrahi posse modo dicetur.*

Circa Sponsalia videndum quomodo contrahantur, inter quas personas, et quomodo dissolvantur.

§ 1. *Quomodo Sponsalia contrahantur.*

II. Sufficit nudus consensus ad constituenda Sponsalia. *l.* 4. ULP. LIB. 35. AD SABIN.

Hinc In Sponsalibus nihil interest utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. *l.* 7. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Item In Sponsalibus constituendis parvi refert per se et coram, an per internuntium vel per epistolam, an per alium hoc factum sit : et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur. *l.* 18. ULP. LIB. 6. AD ED.

Hinc Denique constat et absenti absentem despenderi posse, et hoc quotidie fieri. *l.* 4. § 1. ULPIAN. LIB. 35. AD SABIN.

III. In Sponsalibus etiam, consensus eorum exigendus est quorum (2) in nuptiis desideratur. *l.* 7. § 1. PAUL. LIB. 35. AD ED.

(1) *Pactæ* mentio fit apud Juvenal. Satyr. 6.
Si tibi legitimis PACTAM *junctamque tabellis,*
Non es amaturus.
Item in l. 7. Cod. *de Donat. ante nupt.* infra N. 19.

(2) Scilicet contrahentium et parentum in quorum potestate sunt : ut videb. Tit. seq. Part. 1. art. 1.

Igitur Sponsalia, sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt. Et ideo, sicut nuptiis, ita Sponsalibus filiamfamilias consentire oportet. *l.* 11. Julian. lib. 16. digest.

Pariter Filiofamilias dissentiente, Sponsalia nomine ejus fieri non possunt. *l.* 13. Paul. lib. 5. ad Ed.

Quæ ergo mox supra diximus, absentem absenti desponderi posse; Hæc ita, si scientibus his qui absunt Sponsalia fiant; aut si postea ratum habuerint. *l.* 5. Pompon. lib. 26. ad Sabin.

Hinc Furor quid Sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est: sed postea interveniens Sponsalia non infirmat. *l.* 8. Gaius lib. 11. ad Ed. provinc.

IV. *Adeo autem verum est hunc consensum contrahentium requiri, ut tam in constituendis quam in dissolvendis Sponsalibus per consensum tutorum suppleri non possit.*

Unde Ulpianus: Si puellæ tutores ad finienda Sponsalia nuntium miserunt, non putarem suffecturum ad dissolvendam nuptiarum spem, hunc nuntium; non magis quam Sponsalia posse eos solos constituere: nisi forte omnia ista ex voluntate puellæ facta sint. *l.* 6. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

V. *Requiritur quidem consensus contrahentium in Sponsalibus; verum necesse non est ut sit expressus.*

Sed (*hoc in re*) Quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur. *l.* 12. Ulp. lib. sing. de Sponsal.

Enimvero peccaret, si repugnaret. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiæ (1) conceditur si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat. *d. l.* 12. § 1.

VI. *In Sponsalibus contrahendis requiritur quoque consensus eorum in quorum potestate sunt contrahentes.*

Intelligi tamen semper patrem filiæ consentire, nisi evidenter dissentiat; Julianus scribit. *l.* 7. § 1. *ff. fin.* Paul. lib. 35. ad Ed.

VII. *Si contrahens pupillus sit, intervenire debet tutor et mater; et, si dissentiant, Magistratus se interponet. De hoc enim casu ita rescribunt Severus et Antoninus:* Quum de nuptiis puellæ quæritur, nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit; arbitrium Præsidis provinciæ necessarium est. *l.* 1. *Cod. de Nuptiis.*

VIII. *Vidimus qualis et quorum consensus requiratur in Sponsalibus contrahendis.*

In id autem consentiri oportet, ut Sponsalia contrahantur. Hinc nuptiæ perperam ante legitimam ætatem contractæ, pro Sponsalibus non habentur.

Hoc docet Ulpianus. Quæsitum est apud Julianum an Sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiæ collatæ (2)? Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis; siquidem præcesserint Sponsalia, durare ea quamvis in domo loco nuptæ esse cœperit: si vero non præcesserint, hoc ipso quod in domum deducta est, non videri Sponsalia facta (3). Quam sententiam Papinianus quoque probat. *l.* 9. Ulp. lib. 35. ad Ed.

§ 2. *De personis quæ Sponsalia contrahere possunt.*

IX. In Sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio ætatis Sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur; id est, si non sint minores quam septem (4) annis. *l.* 14. Modestin. lib. 4. differ.

Cæterum Sponsalia contrahi non possunt inter eas fere omnes personas, inter quas contrahi nuptias non posse videbimus Tit. seq.

Exemplum affert Ulpianus: Oratio Imperatorum Antonini et Commodi quæ quasdam nuptias in persona Senatorum inhibuit (5), de Sponsalibus nihil locuta est. Recte tamen dicitur, etiam Sponsalia in his casibus ipso Jure nullius esse momenti, ut suppleatur quod Orationi deest. *l.* 16. Ulp. lib. 3. ad L. Juliam et Papiam.

Alterum exemplum affert Modestinus: Tutor factam pupillam suam, nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adjungere potest. Scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad Sponsalia pertinere. *l.* 15. lib. singul. de Enucleatis casibus.

Similiter Paulus: Quamvis verbis Orationis cautum sit, Ne uxorem tutor pupillam suam ducat; tamen intelligendum est ne desponderi quidem posse. Nam cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque ne quidem desponderi potest. Nam quæ duci potest, jure despondetur. *l.* 60. § 5. *ff. de Rit. nupt.* Paul. lib. sing. ad Orationem D. Antonini et Commodi.

§ 3. *De dissolutione Sponsalium.*

X. *Sponsalia dissolvuntur pluribus modis. Et* 1.° *patet ea dissolvi, alterutrius sponsi morte.*

(1) Ita in filia. Contra filius potest hoc in re dissentire a patre; ut vid. Tit. seq. N. 4.

(2) Cujacius Observ. XI. 15. legit, *collocatæ;* id est, contractæ.

(3) Nam nuptiæ perperam contractæ, ne quidem pro Sponsalibus habentur: nec enim qui eas contraxerunt, id consenserunt ut Sponsalia contraherent.

(4) Non obstat quod Dio-Cassius lib. 54. scribit Augustum sancivisse ut omnino decennem despondere opus esset. Hoc enim sancivit Augustus, non ut Sponsalia ante hanc ætatem contracta, irrita essent; sed ut qui talia Sponsalia contraheret quæ intra biennium non poterat exequi, præmiis quæ Imperator per Legem Juliam sponsis ac maritis indulgebat, non gauderet ac pro cœlibe haberetur.

(5) Scilicet ne libertinas uxores ducant, aliasve viles personas.

2.° *Renuntiatione dissolvuntur, juxta quod rescribunt Diocletianus et Maximianus* : Alii desponsatæ, renuntiare conditioni et nubere alii non prohibentur. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Cæterum voluntas dissolvendi Sponsalia non sufficeret, nisi sit renuntiata. Nam In Sponsalibus quoque discutiendis (1) placuit renuntiationem intervenire oportere. In qua re hæc verba probata sunt : CONDITIONE TUA NON UTOR. *l.* 2. § 2. *ff. de Divort.* GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

XI. *Sponsalibus renuntiare potest, non solum ipse sponsus sponsave : verum* In potestate manente filia, pater (2) sponso nuntium remittere potest et Sponsalia dissolvere.

Enimvero si emancipata est, non potest (3) neque nuntium remittere, neque quæ dotis causa data sunt condicere. Ipsa enim filia nubendo efficiet dotem esse, Conditionemque extinguet quæ causa non secuta nasci poterit. Nisi forte quis proponat, ita dotem patrem pro emancipata filia dedisse, ut, si nuptiis non consentiret (4), vel contractis vel non contractis, repeteret quæ dederat : tunc enim habebit repetitionem. *l.* 10. ULP. LIB. 3. DISPUT.

Sponsalia autem filiæ a patre ejus contracta, tutor filiæ dissolvere non potest.

Hoc docent Honorius et Theodosius. Ita illi : Si pater pactum de filiæ nuptiis inierit, et humana sorte consumptus ad vota non potuerit pervenire : id inter sponsum et sponsam firmum ratumque permaneat, quod a patre docebitur destinatum : nihilque permittatur habere momenti, quod cum defensore ad quem minoris commoda pertinebant, docebitur fuisse transactum. Periniquum est enim, ut contra paternam voluntatem redempti forsitan tutoris et curatoris admittatur arbitrium : cum plerumque etiam ipsius feminæ adversus commoda propria inveniatur laborare consilium. *l.* 4. *Cod. h. t.*

XII. 3.° *Dissolvuntur Sponsalia lapsu biennii. Et quidem primum Lex Papia caverat ne Sponsalia ultra biennium protelarentur,* Nisi ex justa causa; *ut testatur Dio-Cassius lib.* 54.

Recte NISI EX JUSTA CAUSA. *Enimvero* Sæpe justæ ac necessariæ causæ non solum annum (5) vel biennium, sed etiam triennium et quadriennium ulterius trahunt Sponsalia : veluti valetudo sponsi sponsæve, vel mortes parentium, aut capitalia crimina, aut longiores peregrinationes (6) quæ ex necessitate fiunt. *l.* 17. GAIUS LIB. 1. AD L. JUL. ET PAPIAM.

Lex quidem Papia, jubendo ut sponsa intra biennium duceretur, privabat maritorum præmiis sponsum qui ea ulterius protelabat. Postea autem visum est, hujus temporis lapsu Sponsalia ipsa censeri dissoluta.

Hinc de militis sponsa rescribunt Constantius et Constans (7) : Si is qui puellam suis nuptiis pactus est, intra biennium exequi nuptias in eadem provincia degens supersederit; ejusque spatii fine decurso, in alterius postea conjunctionem puella pervenerit : nihil fraudis ei sit, quæ nuptias maturando, vota sua diutius eludi non passa est. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Quum autem sponsus peregrinatur, ita Rescribunt Valerianus et Gallienus : Liberum est filiæ tuæ, si sponsum suum, post tres peregrinationis (8) annos expectandum sibi ultra non putet, omissa spe hujus conjunctionis, matrimonium facere, ne opportunum nubendi tempus amittat : cum posset nuntium remittere, etiamsi, præsente illo, consilium mutare voluisset. *l.* 2. *Cod. de Repud.*

ARTICULUS II.

De contractibus qui Sponsalia comitari aut sequi solent.

§ 1. *De Arrhis sponsalitiis.*

XIII. *In contrahendis Sponsabilibus, moris erat*

(1) Id est, dissolvendis.

(2) Quod dicit de patre sponsæ, et de patre sponsi dictum puta.

(3) Scilicet pater.

(4) Sensus est : Pater qui, dote data, sed postea mutata voluntate, non consenserit nuptiis quas filia ipsius (utpote emancipata) citra voluntatem ejus contraxit, non potest dotem illam condicere; nisi expresse sub hac lege dotem sponsæ dedisset ut, sive nuptiæ secutæ non fuerint, sive cum postea sibi patri displicuissent, contractæ essent, competeret Condictio.

(5) Hæc verba, *annum vel*, expungenda Cujacio videntur : Observ. XVII. 35. Nulla enim lege præscriptus annus est intra quem sponsalia executioni mandarentur. Heineccius (*ad L. Juliam et Pap.*) censet retineri lectionem posse; hoc sensu ut, post biennium legitimum, *non solum* adhuc *annum vel biennium, sed etiam*, etc.

(6) Hoc de sola peregrinatione, Reipublicæ causa, accipiendum Heineccius censet.

(7) Hæc lex valde interpolata est a Triboniano; adeo ut prorsus diversæ sint species, et hujus legis, et legis 4. Cod. Theod. h. t. unde hæc desumpta est. Enimvero in dicta lege 4. (quum Jure communi sponsa nulla tempore teneretur expectare sponsum absentem, imo posset præsenti nuntium ad sponsalia dissolvenda mittere) Constantinus in favorem militum consuluit, ut sponsus miles absens deberet intra biennium expectari; statuta relegationis pœna contra parentem qui puellam ei desponderat, si intra illud biennium puellam alii in matrimonium traderet : permittit autem ut post biennium alii nubat. Hæc autem lex 2. ut a Triboniano interpolata est, non jam de sponso milite et absente loquitur, sed de quovis sponso in eadem provincia degente : statuitque ut, si intra biennium sponsus nuptias non fuerit executus, dissoluta Sponsalia videantur; possitque sponsa ad alterius nuptias transire.

Cæterum circa illud biennii spatium diligenter nota quod, potest quidem et ante biennium sponsa nuntium mittere; sed ita ut, si justam causam non habuerit, competat sponso actio in id quod sua interest Sponsalia non esse dissoluta : post biennium autem elapsum, jam potest impune alteri nubere.

(8) Quod hic de tribus peregrinationis annis allegatur, ex contingentia facti de quo consulti erant Imperatores, accipiendum esse monet Jac. Gothofredus ad supra dictam l. 4. Cod. Theod. h. t. non vero ita, quod sponsa teneatur per tres annos expectare non tenebatur.

ut sponsus sponsæ arrhas daret, aut patri, in cujus potestate sponsa esset.

Hujus autem arrharum contractus ea lex erat, ut si per neutram partem staret quominus nuptiæ sequerentur, redderentur arrhæ; si vero staret per sponsum, arrhæ lucro sponsæ cederent.

Hinc Gratianus, Valentinianus et Theodosius rescribunt:

Arrhis Sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quæ data sunt jubemus restitui: nisi causam ut nuptiæ non celebrarentur, defunta persona jam præbuit. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

Quod si staret per sponsam; olim pœna sponsæ nuptias detrectantis erat ut arrhas cum quadrupli pœna (1) *redderet: ut liquet ex* l. *un. Cod. Theod.* Si nupt. et Rescript. pet. *l.* 6. *Cod. Theod.* de Sponsal. *l. un. Cod. Theod.* Si Rect. prov. spons. *Et quum pater sponsæ arrhas susceperat, eidem pœnæ se obligat. d. l.* 6. *Cod. Theod.* de Sponsalib.

XIV. *Ex constitutione Leonis et Anthemii hæc pœna imminuta est. Hac enim lege, sponsa quæ nuptias detrectat, arrhas quas accepit et alterum tantum restituere tenetur: nisi aut minor viginti quinque annis est, aut justam causam renuntiandi Sponsalibus habuerit, quam quum contracta sunt Sponsalia ignoraret. Justæ autem causæ sunt: V. G. turpis, aut prodiga, vel impudica alterutrius sponsi conversatio; sectæ diversitas; item si coitum facere non possit. Et hæc obtinent, sive sponsa, sive sponsus, sive qui sponsum in potestate habebat, arrhas suscepit.* l. 5. § 1. *Cod.* h. tit. *et* l. 16. *Cod.* de Episc. aud.

Est etiam ex Constitutione Justiniani justa causa renuntiandi Sponsalibus; quum quis ideo renuntiat ut servitio divino se deputet, aut sanctimonialem vitam amplectatur. Persona autem quæ ideo renuntiat, arrhas quas dedit recipit: quod si suscepit arrhas, eas duntaxat reddit; non etiam alterum tantum. l. 56. *Cod.* de Episc. et cleric.

XV. *Sed et citra ullam causam, poterat sponsa paterve sponsæ quibusdam casibus impune renuntiare.*

Primus casus est: si is cum sponsa patreve ejus Sponsalia contraxisset, qui ipsis terribilis esse poterat; scilicet homo in potestate publica positus, puta Rector provinciæ, liberi aut domestici, Officialesve ejus. Hoc enim casu, Jure Pandectarum, sponso paterve ejus, redditis arrhis, impune renuntiabant Sponsalibus: ut liquet ex l. 38. *ff.* de Ritu nupt. *infra Tit. seq. N.* 52.

Ex constitutione autem Gratiani, Valentiniani et Theodosii; hoc casu ne quidem arrhas reddere tenentur. l. un. Cod. Si rector prov. vel ad eum, etc.

Alter casus continetur in alia eorumdem Imperatorum Constitutione. Nimirum quum ante decimum annum puella desponsa est, pater, aut alius qui eam despondit, si ultra undecimi anni metas pignora non retinuerit, ab his Sponsalibus impune discedit. l. 6. *Cod. Theod.* de Sponsal.

§ 2. *De donationibus inter sponsum et sponsam.*

XVI. *Comitari etiam Sponsalia solebant, donationes quas sponsus paterve ejus in sponsam conferebat; et interdum vicissim.*

De his donationibus ita Diocletianus et Maximianus: Cum te sponsæ filii tui quædam donasse confitearis; perfectam donationem rescindi nec nostro oportet Rescripto, quam tua voluntas Jurisque auctoritas fecit ratam. *l.* 9. *Cod. de Donat. Ante-nupt.*

Igitur rei ex hac causa traditæ dominium in sponsam transferebatur.

Hinc iidem: Si aute matrimonium major quinque et viginti annis constitutus, sponsæ suæ (licet ante Sponsalia fundum donavit, eamque in vacuam induxit possessionem: postea nullo titulo, superstitem, vel testamento eumdem relinquentem, alienare potuisse certi ac manifesti Juris est. *l.* 8. *Cod. d. tit.*

Hinc pariter iidem rescribunt: De rebus in sponsam, donationis gratia, collatis creditores mariti facti, si non prius obligatas eas sibi probent, eam convenire minime possunt. *l.* 13. *Cod. d. tit.*

XVII. *Similiter si sponsus ex hac causa quid sponsæ stipulanti spopondisset, obligabatur.*

Hoc ita tamen, nisi ab ea deceptus fuisset. Hinc Alexander: Pollicitatione a fratre quondam tuo Sponsalium causa facta; etsi in stipulationem deducta sit, ideo præstanda non fuit, quoniam in dote uxor maritum fefellit. Exceptionem itaque Doli, adversus actionem Ex stipulatu, recte objicies. *l.* 3. *Cod. d. tit.*

XVIII. *Maxime autem non valebant tales donationes, quum ex causa Sponsaliorum Jure improbatorum fiebant.*

Hinc Valerianus et Gallienus: Ea quæ tibi ut sponsæ daturum se promisit, is qui te ficto cœlibatu (quum aliam matremfamilias domi reliquisset) sollicitavit ad nuptias, petere cum effectu non potes: cum tu sponsa, uxore domi posita, non fuisti. *l.* 5. *Cod. d. tit.*

XIX. *Circa donationes quæ inter sponsos fiunt, quæsitum est an, nuptiis non secutis, revocari possent? Jure autem Pandectarum placebat ut hoc casu ita demum revocarentur, si probaretur eo animo esse factas ut nuptiæ sequerentur.*

Hinc Alexander: Si Præsidi provinciæ probaveris, ut Eutychiam uxorem duceres, munera te parentibus ejus dedisse: nisi Eutychia tibi nupserit, tibi restitui quod dedisti jubebit. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

(1) Hanc quadrupli pœnam Lege Julia et Papia inductam suspicatur Jac. Gothofredus, quem vid. ad l. 6. Cod. Theod. h. tit.

Maxime autem hoc obtinebat, si expresse ita convenisset, quamvis verbis minus propriis. Hinc Carus, Carinus et Numerianus : Si, quum ante nuptias munera darentur, ita conventum est, atque hujusmodi conscripta est pactio ut, si qua sors extitisset contra voluntatem ejus et matrimonium distraxisset, tunc quæ data erant apud eum qui dedisset heredemve ejus remanerent (1) : potest qui hereditatem ejus accepit, cui pacta (2) puella munera lege prædicta susceperat, eadem jure postulare. *l. 7. Cod. d. tit.*

XX. *Hæc Jure veteri.*

Constantinus voluit ut donationes factæ inter sponsos valerent, si per donatorem staret quominus nuptiæ sequerentur; revocarentur autem, si staret per donatarium. l. 15. Cod. de Donat Ante-nupt.

Altera Constitutione hoc addidit Constantinus; ut, si per mortem alterutrius nuptiæ non sequerentur, siquidem osculum intervenisset (3), donatio quam sponsus sponsæ fecisset, nonnisi pro dimidia parte, revocaretur : si quam autem donationem sponsa sponso fecisset (quod raro accidit) ea in solidum revocaretur; sive osculum intervenisset sive non. l. 16. Cod d. tit.

Nuptiis vero secutis, hæ inter sponsos factæ donationes confirmabantur; nec augeri aut minui poterant.

XXI. *Primus Justinus constituit ut, si constante matrimonio dos augeretur, posset maritus usque ad eam quantitatem ex qua dos augeretur, augere donationem* Ante-nuptias; *aut etiam, si nulla facta fuerat hujusmodi donatio, posset usque ad eam quantitatem donare constante matrimonio : ita tamen ut eadem pacta locum haberent circa dotis aut donationis augmentum, quæ inita fuissent in dote et donatione principaliter constituenda. Similiter constituit ut possent etiam æqua lance vir et mulier minuere dotem et* Ante-nuptias *donationem; excepto casu secundarum nuptiarum ad quas conjux liberos habens convolasset.* l. 19. Cod. d. tit.

Justinianus autem constituit ut, non solum eo casu quo dos constante matrimonio augeretur, sed indistincte posset maritus constante matrimonio donare uxori; non simpliciter, sed Propter nuptias; *id est, usque ad quantitatem dotis et sub iisdem legibus sub quibus dos esset constituta. Quapropter donationis* Ante-nuptias *nomen mutavit, voluitque ut vocaretur* Donatio Propter nuptias. *l. 20. Cod. d. tit.*

XXII. *Non potest quidem donatio* Propter-Nuptias *quæ constante matrimonio perficitur, esse majoris quantitatis quam dos; verum potest esse minoris quantitatis : et, si ante nuptias perficiatur, potest ejus quantitas esse aut major aut minor quantitate dotis.*

Sed ex constitutione Leonis et Anthemii (quæ est l. 9. Cod. de Pact. convent. sup. dot.) *inæqualitas quæ circa quantitates tam dotis quam donationis* Propter-nuptias *permittitur, circa utriusque pacta prohibetur. Et, si inæquales partes pacti sint; puta, mulier pacta est dimidiam donationis* Propter-nuptias *in casum mortis viri; vir autem tertiam duntaxat partem dotis in casum mortis mulieris : valebit utrumque pactum intra minorem duntaxat partem; scilicet utrumque intra tertiam. Ita hanc Leonis Constitutionem Justinianus explicat in l. 10. Cod. d. tit.* de Pact. convent. sup. dot. *et in Novell. XXII. cap. 20.*

Novella II. cap. 5. statuit ut non posset mulier, morte viri, lucrari ex donatione Propter-nuptias, *plus quam in dotem vir accepisset :*

Adde ex Novella XCI. cap. 2. aut quantum per virum stetit quominus acciperet.

Tandem Novella XCVII. eo decursum est ut, sicut in pactis, ita nec in quantitate donatio Propter-nuptias *dotem posset unquam excedere; nec dos donationem* Propter-nuptias.

XXIII. *Res quas vir uxori* Ante-nuptias *aut* Propter-nuptias *donavit, non possunt etiam ex ipsius uxoris consensu alienari aut pignerari. Si tamen post biennium uxor suum consensum confirmet, valebunt; modo sit in bonis viri unde mulieri possit aliunde satisfieri* Pro rebus quæ in Antenuptiali donatione continentur. *Novell. LXI.*

§ 3. *De contractu Proxenetico.*

XXIV. *Constituit Justinianus ut proxenetæ (4) pro conciliandis nuptiis non possint pacisci plus vicesima parte dotis aut donationis* Propter-nuptias; *nec plus decem librarum auri, quantacumque dos foret : et ut, si nil essent pacti, nihil haberent.* l. fin. Cod. h. t. [a].

(1) Minus proprie locutus est : non potest enim hoc quod dedit quis, remanere apud eum, siquidem jam illud non habet; sed videtur pactus his verbis, ut jus haberet repetendi.

(2) Quando puella dicatur *Pacta*, vid. supra N. 1.

(3) Romanorum mores, nostris valde dissimiles, non permittebant ut virgo quovis ad osculum admitteret. Unde sponsus ad osculum virginis admissus, ejus pudicitiam quasi prælibasse satis videbatur, ut dimidiam rerum donatarum, nuptiis casu non secutis, non posset revocare.

(4) *Proxenetas* Vernacule dicimus, *des Entremetteurs.* Vid. *tit. ff. de Proxen* infra lib. 50.

[a] *In Edit. Gothofr. ex Cujac.*

TITULUS II.

DE RITU NUPTIARUM.

I. Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio (1). *l.* 1. Modestin. lib. 1. regul.

Quæ in hoc Titulo congesta sunt de earum Ritu, *seu de his quæ requiruntur ut legitime contractæ intelligantur, in duas partes distribuam. Prima erit de forma earum contrahendarum ; 2.° De personis quæ invicem Nuptias contrahere possunt. Addemus et 3.am Partem in qua pauca de illicitis Nuptiis et earum pœnis subjungemus.*

(1) Hæc definitio proprie pertinebat ad ea matrimonia quæ *Confarreatione* aut *Coemptione* fiebant ; quibus mulier in manum ac familiam viri transibat. Cum enim mulier tali matrimonio eosdem deos Penates sortiretur quos maritus haberet ; hinc dicebatur tale matrimonium, *Divini juris communicatio.* Erat etiam *humani juris communicatio*, cum mulier omnia sua marito acquireret, at ipsa viro suo inter suos heredes esset. De his vid. supra lib. 1. Tit. *de His qui sui vel alieni jur.* Potest tamen hæc definitio ad quælibet matrimonia, etiam ad ea in quibus mulier in manum viri non convenit, aptari ; scilicet eo sensu quo Tullius dicit amicitiam esse, *Divinarum et humanarum rerum consensionem :* quod nihil aliud significet, quam quod amici, quoad utendi facultatem, omnia sua quodammodo communia habere debeant.

PARS PRIMA.

De forma contrahendarum Nuptiarum.

Hæc forma consistit in consensu. Videndum ergo, quorum consensus ad contrahendas Nuptias requiratur. Deinde ostendendum, nihil aliud præter hunc consensum requiri.

ARTICULUS I.

Quorum consensus ad formam Nuptiarum contrahendarum requiratur.

II. Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes ; id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt. *l.* 2. Paul. lib. 35. ad Ed.

§ 1. *De consensu contrahentium.*

III. *Cum consensus contrahentium maxime requiratur ad Nuptiarum substantiam, hinc sequitur* 1.° *quod* Simulatæ Nuptiæ nullius momenti sunt. *l.* 30. Gaius lib. 2. ad L. Jul. et Papiam.

Hinc sequitur 2.° *quod alterutrius* Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est. *l.* 16. § 2. Paul. lib. 35. ad Ed.

Nota : Sed recte contractum non impedit. *d.* § 2.

IV. *Circa contrahentium consensum observa, eum sufficere quem metus reverentialis elicit.*

Hinc filius Si, patre cogente, ducit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium : quod inter invitos non contrahitur. Maluisse hoc videtur. *l.* 22. Celsus lib. 15. digest.

Potuisset tamen filius hac in re patri dissentire. Nam Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere (1). *l.* 21. Terentius-Clemens lib. 3. ad L. Jul. et Papiam.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. Unde intelligis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere. *l.* 14. *Cod. de Nuptiis.*

Nec patrono hac in re liberta obsequi tenetur. Unde Invitam libertam uxorem ducere patronus non potest (*l.* 28. Marcian. lib. 10. instit.) : Quod et Atteius - Capito Consulatu suo fertur decrevisse.

Hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideo eam manumisit ut uxorem eam ducat (2). *l.* 29. Ulp. lib. 3. ad L. Jul. et Papiam.

(1) Filia autem peccat si a patre dissentiat, nisi persona indigna sit : ut vid. supra Tit. *de Sponsal.* N. 5.

(2) Hoc enim casu, si fidem pacti sub quo manumissa est fallat, et nolit patrono nubere, punienda est : sed qua pœna ? An poterit patronus ea de causa illam in servitutem revocare ? Vid. infra lib. 37. Tit. *de Obseq. par. et patr.* in fin. Certe huic pœnæ subjacebit, ut alii non possit nubere : ut videb. infra Part. 2. Sect. 2. § 3.

§ 2. *De consensu eorum in quorum potestate sunt contrahentes.*

V. *Hunc consensum requiri, quemadmodum et ipsorum contrahentium, rescribunt Diocletianus et Maximianus. Ita illi*: Nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducendam cogi, legum disciplina permittit. Igitur sicut desideras, observatis Juris præceptis, sociare conjugio tuo quam volueris, non impedieris: ita tamen ut contrahendis Nuptiis patris tui consensus accedat. *l.* 12. *Cod. de Nuptiis.*

Etiam Filiusfamilias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit. *l.* 35. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

VI. *Imo, etsi consensus parentum intervenerit quum primum contractæ sunt Nuptiæ, si postea, divortio secuto, solutæ sunt*, Nuptiæ inter easdem personas, nisi volentibus (1) parentibus renovatæ, justæ non habentur. *l.* 18. JULIAN. LIB. 16. DIGEST.

Consonat quod rescribit Gordianus: Si, ut proponis, post querelam de marito a filia tua ad te delatam, dissolutum est matrimonium, nec te consentiente ad eumdem regressa est: minus legitima conjunctio est, cessante patris voluntate, in cujus est potestate: atque ideo non petente filia, petitionem dotis repetere non prohiberis. *l.* 7. *Cod. de Nuptiis.*

Ita tamen novus parentum consensus requiritur, si verum divortium intercessit, novæque contrahantur Nuptiæ.

Cæterum Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eumdem virum revertatur, id matrimonium idem esse. Quibus assentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint; nec inter moras aut illa alii nupserit, aut hic aliam duxerit: maxime si nec dotem vir reddiderit (2). *l.* 33. MARCELL. LIB. 3. AD L. JUL. ET PAPIAM.

VII. *Si ambo contrahentes sint in ejusdem potestate, ut V. G.* Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam; Nuptias inter eos, me solo auctore, contrahi posse Pomponius scribit: et verum est. *l.* 3. PAUL. LIB. 1. AD SABIN.

VIII. *Debet esse determinatus parentum consensus.*

Hinc Generali mandato quærendi mariti filiæfamilias non fieri Nuptias, rationis est. Itaque personam ejus patri demonstrari qui matrimonio consenserit, ut Nuptiæ contrahantur, necesse est. *l.* 34. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

Cæterum hunc consensum sufficit esse vel tacitum; qualis est ejus qui scit nec contradicit.

Hinc Alexander: Si (ut proponis) pater quondam mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis Nuptiis vestris non contradixit; vereri non debes, ne nepotem suum non agnoscat. *l.* 5. *Cod. de Nuptiis.*

Hinc a fortiori rescribunt Severus et Antoninus: Si Nuptiis pater tuus consensit, nihil oberit tibi quod instrumento ad matrimonium pertinenti non subscripsit. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

IX. *Ex certis causis remittitur hujus consensus necessitas. Nimirum* Is cujus pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest. *l.* 9. § 1. ULP. LIB. 26. AD SABIN.

Igitur Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire Nuptiis pater ejus non posset, nam utique nec dissentire. Susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate (ut redierit) erit; suusque heres ei quodammodo invito, cum Nuptiis non consenserit. Non mirum; quia illius temporis conditio necessitasque faciebat, et publica Nuptiarum utilitas exigebat. *l.* 12. § 3. *ff. de Captiv. et postlim.* TRYPHONINUS LIB. 4. DISPUT.

Item Si ita pater absit ut ignoretur ubi sit et an sit; quid faciendum est, merito dubitatur? Et si triennium effluxerit postquam apertissime fuerit pater ignotus ubi degit, et an superstes sit; non prohibentur liberi ejus utriusque sexus matrimonium vel Nuptias legitimas contrahere. *l.* 10. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Imo Si filius ejus qui apud hostes est vel absit, ante triennium captivitatis vel absentiæ patris, uxorem duxit, vel si filia nupserit; puto recte matrimonium vel Nuptias contrahi: dummodo eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum. *l.* 11. JULIAN. LIB. 62. DIGEST.

Et quemadmodum obtinet in captivo et absente, ita, non dissimili ratione, filiam furiosi parentis aut mente capti absque consensu patris quem dare non potest, recte nubere Veteres Juris auctores consentiebant. Hoc Jus et ad filium mente capti porrigi Divus Marcus rescripsit. De furioso filio dubitabatur: sed et eum ab hoc consensu dispensari voluit Justinianus; qui etiam voluit ut his casibus dos aut donatio Propter-nuptias a curatore et cognatis, auctoritate Præfecti Urbi aut Præsidum provinciarum, constitueretur. l. 25 *et l.* 28. *Cod.* de Episc. aud.

X. *Observandum superest, consensum patris requiri, ut sit in ejus arbitrio cui liberi ipsius nubant, non vero ut sit in ejus arbitrio ne omnino nubant.*

Enimvero Capite 35 Legis Juliæ, Qui liberos quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxorem, vel nubere; vel Qui dotem dare non volunt, ex constitutione Divorum Severi et Antonini; per Proconsules Præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et

(1) Denuo consentientibus.

(2) Tunc enim magis frigusculum quam verum divortium videtur intervenisse. Vid. infra lib. 24. Tit. *de Divort.*

dotare. PROHIBERE autem videtur, et qui conditionem non quærit. *l.* 19. MARCIAN. LIB. 16. INSTIT.

Maxime autem cogitur pater hæreticus liberos orthodoxos in matrimonium collocare cum orthodoxis, et eis dotem aut donationem PROPTER-NUPTIAS *suppeditare. l.* 13 *et l.* 19. *Cod.* de Hæret. et Manich.

§ 3. *An aliorum quam contrahentium eorumque quorum in potestate sunt, consensus requiratur ad Nuptias.*

XI. *Masculis quum nuptias contrahunt, hoc proprium est; quod non solum ejus in cujus potestate sunt, consensum expectare debeant, sed etiam ejus in cujus potestatem sunt recasuri.*

Hinc Nepote uxorem ducente, et filius consentire debet: neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet (1). *l.* 16. § 1. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Et quidem Si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit, avus sapiat; sufficit avi voluntas. *l.* 9. ULP. LIB. 26. AD SABIN.

XII. *Nulla est præterea persona cujus consensus expectandus sit.*

Igitur Filius emancipatus, etiam sine consensu patris, uxorem ducere potest; et susceptus filius ei heres erit (2). *l.* 25. MODESTIN. LIB. 2. REGUL.

Item Sciendum est ad officium curatoris (3) non pertinere, nubat pupilla an non; quia officium ejus in administratione negotiorum constat. Et ita Severus et Antoninus rescripserunt in hæc verba: « An OFFICIUM curatoris administratio pupillæ « pertinet; nubere autem pupilla suo arbitrio po- « test (4) ». *l.* 20. PAUL. LIB. SING. AD ORATIONEM D. SEVERI ET COMMODI.

Consonat quod rescribit Gordianus. In copulandis Nuptiis, nec curatoris qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nec cognatorum vel affinium ulla auctoritas potest intervenire: sed spectanda est ejus voluntas de cujus conjunctione tractatur. *l.* 8. *Cod. de Nuptiis.*

XIII. *Hæc Jure Pandectarum.*

Ex Constitutione autem Valentiniani, Valentis et Gratiani; Viduæ intra quintum et vicesimum annum degentes, etiamsi emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas Nuptias sine patris sententia non conveniant (5). *l.* 18. *Cod. d. tit.*

Ex eadem Constitutione Adulta minor, mortuo patre, arbitrio matris ac propinquorum nubit. *l.* 1. COD. THEOD. *de Nuptiis.*

Quod si in conventionis delectu, mulieris voluntas patris (6) repugnat sententiæ et propinquorum; placet admodum (ut in virginum conjunctionibus sancitum est) habendo examini auctoritatem quoque judiciariæ cognitionis adjungi: ut, si pares sint genere ac moribus competitores, is potior existimetur quem sibi consulens mulier approbaverit.

Sed ne forte hi qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas Nuptias impediant: si hujus rei suspicio præcesserit, eorum volumus auctoritatem judiciumque succedere ad quos, etiamsi fatalis sors intercesserit, tamen hereditatis commodum pervenire non possit. *sup. d. l.* 18. *Cod. de Nuptiis.*

Pariter Honorius et Theodosius: In conjunctione filiarum in sacris positarum, patris expectetur arbitrium. Sed si sui juris puella sit, intra quintum et vicesimum annum constituta, ipsius quoque (7) assensus exploretur.

Si patris auxilio destituta; matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultæ judicium. Si vero utroque orbata parente, sub curatoris defensione constituta sit, et inter honestos competitores matrimonii oriatur forte certamen, ut quæratur cui potissimum puella jungenda sit: si puella cultu verecundiæ propriam noluerit voluntatem depromere coram positis propinquis, judici deliberare permissum est cui melius adulta societur. *l.* 20. *Cod. d. tit.*

ARTICULUS II.

An instrumenta aut festivitas ad substantiam Nuptiarum requirantur, item concubitus.

Ad substantiam Nuptiarum, nec instrumenta nec festivitas nec concubitus requiruntur.

§ 1. *De instrumentis.*

XIV. *Instrumenta ad formam Nuptiarum non*

(1) Ratio disparitatis est quod, mortuo avo, nepos cum liberis suis in potestatem patris sui recidit. Debet igitur pater Nuptiis consentire, ne liberi ex his Nuptiis procreati eo invito in ejus familiam agnascantur. Hæc ratio cessat in nepte, cujus liberi familiam maternam non sequuntur.

(2) Erit justus filius ejus emancipati, adeoque ei erit suus heres.

(3) Tribonianus hanc vocem substituit. Jurisconsultus scripserat, *Tutoris:* nam eo tempore feminæ erant in perpetua tutela.

(4) Ius obtinere cœpit ex Constitutione Severi. Antea feminæ non suo arbitrio nubebant, sed arbitrio matris et tutorum. Si mater a tutoribus dissentiret; aut sortitione res dirimebatur (Uxoris ita sortitione ductæ mentionem facit Suetonius in TIBER.): aut Magistratus se interponebat: Livius IV.

(5) An hic consensus tanquam absolute Nuptiis necessarius requiritur: an ita duntaxat ut, si mulier eum non adhibeat, adversus obsequium patri debitum peccet? Jac. Gothofredus ad l. 1. Cod. Theod. *de Nupt.* censet requiri hunc consensum tanquam absolute necessarium.

(6) Hæc vox *patris* perperam irrepsit. Abest in l. 1. Cod. Theod. h. tit. unde hæc lex desumpta est: nec Græci lib. 28. Basilic. tit. 4. eam agnoscunt. Quare aut expungenda, aut (ut Cujacio placet, Observ. III. 5.) substituenda vox *matris.*

(7) Patris.

esse necessaria docet Probus qui ita rescribit : Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est : quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt; non ideo minus veritas matrimonii aut susceptæ filiæ suam habet potestatem. *l. 9. Cod. de Nuptiis.*

Item Diocletianus et Maximianus : Neque sine Nuptiis instrumenta facta ad probationem matrimonii sunt idonea, diversum veritate continente : neque non interpositis instrumentis, jure contractum matrimonium irritum est; cum omissa quoque scriptura, cætera Nuptiarum iodicia non sint irrita. *l. 13. Cod. d. tit.*

XV. *Jus tamen ita obtinuerat, inquit Justinianus,* Ut matrimonia inter impares honestate personas non aliter valeant nisi dotalia instrumenta confecta fuerint. *Quod abrogat idem Imperator :* Si modo liberæ sint et ingenuæ mulieres. *l. 23. § 7. Cod. de Nuptiis.*

Ex Novellis LXXIV, cap. 4, et CXVII, cap. 2. 3. 4. maximis decorati dignitatibus usque ad Illustres, *Barbaris tamen exceptis, absque instrumentis dotalibus non recte contrahunt matrimonium.*

Inter cæteras autem personas matrimonium absque dotalibus instrumentis confectum, non ideo minus intelligitur justum fuisse quod illo soluto vir aliam uxorem cum dotalium instrumentorum confectione duxerit. d. Novell. CXVII, cap. 3.

§ 2. *De festivitate.*

XVI. *Sicut instrumenta, ita nec pompa nec celebritas Nuptiarum necessaria est. Unde Gaius :* Legitimæ sunt Nuptiæ, si Romanus Romanam, Nuptiis (1) intervenientibus vel consensu, ducat uxorem. Caius instit. *lib. 1. Tit. 4. de matrim.*

Hinc Theodosius et Valentinianus : Si donationum Ante Nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque Nuptiarum celebritas omittatur; nullus existimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri : inter pares (2) honestate personas nulla Lege impediente consortium quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur. *l. 22. Cod. de Nuptiis.*

XVII. *Hujus Nuptiarum celebritatis potissima pars erat deductio mulieris in domum mariti. Circa quam notat Paulus, in ea præsentiam mulieris fuisse desideratam, non viri. Sic accipe quod ait :*

Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest. Paul. sentent. *lib. 2. Tit. 19. § 5.*

Similiter Pomponius : Mulierem absenti per litteras ejus vel per nuntium posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur : eam vero quæ abesset, ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse. Deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum; quasi in domicilium matrimonii. *l. 5.* lib. 4. ad Sabin.

Cætera quæ ad pompam et festivitatem Nuptiarum pertinent, vide in Appendice ad calcem hujus Tituli.

XVIII. *Nuptiarum quidem solemnitas non facit Nuptias, sed argumento est eas esse contractas. Sic accipe quod ait Aurelianus :* Cum io te simplicem donationem dicas factam esse die Nuptiarum, et in ambiguum possit venire, utrum a sponso an a marito donatum sit; sic distinguendum est : ut, si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio : quod si pœnes se dedit sponsus, retrahi possit; uxor enim fuisti. *l. 6. Cod. de Donat. ante nupt.*

Novella LXXIV, cap. 4. cujusdam solennitatis in Nuptiis contrahendis necessitatem introduxit. Jubet enim ut honestæ professionis homines, quum Nuptias contrahunt, nec super his instrumentum confecerunt, saltem adeant Defensorem Ecclesiæ in aliqua orationis domo; ibique declarent se tali die, mense, et anno ad eum venisse, et Nuptias inter ipsos contractas : cujus rei attestationem facit Defensor Ecclesiæ, testibus adhibitis. Hanc autem solemnitatem non desiderat in Nuptiis tenuioris fortunæ hominum, agricolarum, militum caligatorum. d. cap. 4. § 3.

§ 3. *De concubitu.*

XIX. *Ad Nuptiarum formam, nec concubitus requiritur. Nam* Nuptias non concubitus, sed consensus facit. *l. 30. de Reg. Juris.* Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Hinc Denique Cinna scribit : Eum qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cœna juxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum, responsum est. *l. 6.* Ulp. lib. 35. ad Sabin.

Ideoque potest fieri ut in hoc casu aliqua virgo et dotem et De dote habeat actionem. *l. 7.* Paul. lib. singul. ad L. Falcidiam.

Igitur Cui fuerit sub hac conditione legatum, Si in familia nupsisset; videtur impleta conditio, statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit. *l. 15. ff. de Condit. et demonstr.* Ulpian. lib. 35. ad Sabin.

(1) *Nuptias* hic accipit pro solenni earum ritu; aitque posse contrahi, vel hoc ritu interveniente, vel solo consensu.

(2) Nam inter impares desiderabantur instrumenta; ut vid. supra N. 15.

SECUNDA PARS.

De personis quæ Nuptias contrahere possunt, necne.

In personis quæ matrimonium contrahunt, ut justæ sint Nuptiæ, tria requiruntur; Civitas, Pubertas, et ut ii sint quibus nec omnino nec invicem Nuptiæ sint interdictæ.

SECTIO I.

De Civitate et Pubertate.

XX. *Regulariter, ut justæ sint Nuptiæ, requiritur tam virum quam mulierem qui eas contrahunt, esse cives Romanos. Tamen ex privilegio interdum Populus Lege singulari concedebat quibusdam jura connubiorum cum civibus Romanis: cujus rei exemplum vide apud Liv. XXXVIII. 36.*

Sublata Republica, hæc privilegia concesserunt Imperatores. Unde Ulpianus:

Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis (1) ita si concessum sit. ULP. FRAGM. *tit.* 5. § 4.

Sed etsi ex justa erroris causa civis nupsisset ei personæ cum qua jus connubii non haberet, venia justo errori dabatur; ut ait idem Ulpianus:

In potestate parentum sunt etiam hi liberi quorum causa probata est, per errorem contracto matrimonio inter dispares conditione (2) personas. Nam seu civis Romanus Latinam aut Peregrinam vel eam quæ Dedititiorum numero est, quasi (3) per ignorantiam uxorem duxerit; sive civis Romana per errorem Peregrino vel ei qui Dedititiorum numero est, aut etiam si Latino ex Lege Ælia-Sentia (4) nupta fuerit: causa probata, Civitas redditur tam liberis quam parentibus, præter eos qui Dedititiorum numero (5) sunt. Et ex eo fiunt in potestate parentum liberi. ULP. FRAGM. *Tit.* 7. § *fin.*

Cum servis nullum est connubium. IBID. *Tit.* 5. § 5.

XXI. *Puberes etiam esse debent, qui Nuptias contrahunt.*

Hinc Pomponius respondit: Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore quum apud virum explesset duodecim annos. *l.* 4. LIB. 3. AD SABIN.

SECTIO II.

De iis qui Nuptias contrahere prohibentur absolute.

§ 1. *An conjux, non soluto priori matrimonio, possit alias nuptias contrahere; saltem ob captivitatem alterius conjugis.*

XXII. *Qui matrimonio conjunctus est, eo non dissoluto aliud matrimonium contrahere prohibetur: ut videb. infra lib.* 47. *Tit.* Ad L. Juliam de Adult. *Sect.* 2. *Art.* 3.

Imo quamvis captivitate alterutrius conjugis, Nuptiæ (utpote quæ nonnisi inter cives Romanos consistere possunt) non durent; tamen qui in civitate mansit, alias interim Nuptias contrahere prohibetur.

Hinc Uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere, eo solo quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium: nisi mallent ipsæ mulieres causam repudii præstare.

Si autem in incerto est an vivus apud hostes teneatur vel morte præventus; tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare Nuptias: ita tamen ut bona gratia dissolutum videatur matrimonium, et unusquisque suum jus habeat imminutum (6). Eodem Jure, et in marito in civitate degente et uxore captiva observando. *l.* 6. *ff. de Divort.* JULIAN. LIB. 26. DIGEST.

§ 2. *An mulier rea adulterii possit nubere.*

XXIII. *Quamvis demum post divortium possit vir uxorem quondam suam adulterii ream facere, proindeque jam soluto matrimonio; tamen Modestinus* Libro 5, Responsorum respondit,

Reas adulterii factas, nec ante damnationem, vivente marito, uxores duci posse. *l.* 26.

(1) Notum est quantum invidiæ M. Antonio Nuptiæ cum Cleopatra conflaverint.

(2) Alias male legitur *condignis*; nullo sensu.

(3) P. Faber legit *quasi civem*; quod Cujac. et Schulting. probant.

(4) Recte observat Schultingius post Pithœum, hæc verba esse transposita: legendumque, *aut etiam si Latino nupta fuerit; ex Lege Ælia-Sentia, causa probata, etc.*

(5) Tales parentes Dedititii non adipiscebantur civitatem, sed eam adipiscebantur eorum liberi. Schulting.

(6) Non minutum, integrum.

Multo minus post damnationem : ut videb. sup. d. tit. Ad L. Jul. de Adult.

Post absolutionem, imo et post abolitionem (id est, veniam impetratam omittendæ accusationis) aut suo marito nubere denuo potest, aut alteri.

Hinc Papinianus : Ream adulterii quam vir jure mariti postulavit, non prohibetur post abolitionem uxorem denuo ducere. Sed etsi non jure mariti ream postulavit, jure contractum matrimonium videbitur. *l.* 34. § 1. LIB. 4. RESPONS.

§ 3. *An liberta quam patronus vult habere uxorem, possit alii nubere.*

XXIV. Matrimonii causa ancilla manumissa a nullo alio uxor duci potest, quam a quo manumissa est, nisi patronus matrimonio ejus renuntiaverit. *l.* 51. LICINNIUS RUFINUS LIB. 1. REGUL.

Si autem filiusfamilias, matrimonii causa, jussu patris ancillam manumiserit; Julianus putat, perinde eam haberi atque si a patre ejus manumissa esset. Et ideo potest (1) eam uxorem ducere. *d. l.* 51. § 1.

XXV. *Liberta quæ ab invito patrono discessit, non habet connubium cum alio; quandiu eam patronus vult uxorem habere.*

Nam Quod ait Lex (2): DIVORTII FACIENDI POTESTAS LIBERTÆ, QUÆ NUPTA EST PATRONO, NE ESTO; non infectum videtur effecisse divortium, quod Jure civili dissolvere solet matrimonium. Quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum. Denique scribit Julianus, De dote hanc, actionem non habere. Merito igitur, quandiu patronus ejus eam uxorem suam esse vult, cum nullo alio connubium ei est. Nam quia intellexit legislator facto libertæ quasi diremptum matrimonium, detraxit ei cum alio connubium : quare cuicumque nupserit, pro non nupta habebitur. Julianus quidem amplius putat, Nec in concubinatu eam alterius (3) patroni esse posse. *l.* 11. *ff. de Divort.* ULP. LIB. 3. AD L. JUL. ET PAPIAM.

Consonat quod rescribit Alexander : Liberta eademque uxor tua si a te invito discessit, connubium cum alio non habeat; si modo uxorem eam habere velis. *l.* 1. *Cod. de Incest. Nupt.*

XXVI. *Ut autem quis habeat hoc jus impediendi Nuptias ejus mulieris quæ ab ipso invito divertit, oportet ut sit verus ejus patronus patronive filius.*

Qui autem juravit se patronum (4), hoc idem non habebit. *l.* 45. § 1. ULP. LIB. 3. AD L. JULIAM ET PAPIAM.

Ne is quidem debet habere, qui non suis nummis (5) comparavit. *d. l.* 45. § 2.

Item ita demum Patrono invito liberta quam in matrimonio habuit, ab eo discedere non potest, nisi ex causa fideicommissi manumissa sit : tunc enim potest, licet ejus sit liberta. *l.* 10. *ff. de Divort.* MODESTIN. LIB. 1. REGUL.

Rationem reddit Marcellus. Ita ille : Proxime constitutum dicitur ut quum quis libertam suam duxerit uxorem quam ex fideicommissi causa manumiserit, liceat libertæ, invito eo, Nuptias contrahere. Puto, quia non erat ferendus is qui ex necessitate manumisit, non suo arbitrio : magis enim debitam libertatem præstitit, quam ullum beneficium in mulierem contulit. *l.* 50. LIB. 3. AD L. JUL. ET PAPIAM.

Hæc tamen ratio quod debitam libertatem præstiterit, non est sola sufficiens. Nam juxta Ulpianum, In eo Jure quod dicit, invito patrono, libertam quæ ei nupta est, alii nubere non posse; Patronum accipimus (ut Rescripto Imperatoris nostri et Divi patris ejus continetur) et eum qui hac lege emit ut manumittat : quia manumissa, liberta emptoris habetur. *l.* 45. ULP. LIB. 3. AD L. JUL. ET PAPIAM.

Id unum ergo inspiciendum est, an qui manumisit, verus patronus dici possit : quod sane admittendum est in eo qui ancillam (quamvis ut manumitteret) suis nummis comparavit. Secus in eo qui ancillam quam gratuito accepit, rogatus est manumittere.

XXVII. Illud dubitationis est, An, et qui communem libertam uxorem duxerit, ad hoc jus admittatur? Javolenus negavit; quia non proprie videtur ejus liberta, quæ etiam alterius sit. Aliis contra visum est; quia libertam ejus esse negari non potest, licet alterius quoque sit liberta : quam sententiam plerique recte probaverunt. *l.* 46. GAIUS LIB. 8. AD L. JUL. ET PAPIAM.

Plane si filiusfamilias miles esse proponatur; non dubitamus, si castrensis peculii ancillam manumiserit, competere ei hoc jus. Est enim patronus, secundum Constitutiones. Nec patri ejus hoc jus competit. *sup. d. l.* 45. § 3.

Filio patroni in libertam paternam eamdemque uxorem, idem juris quod ipsi patrono daretur, ex sententia Legis accommodatur.

Idemque dicendum erit, et si alterius patroni filius, vivo altero, libertam eorum uxorem duxerit. *l.* 48. TERENTIUS-CLEMENS. LIB. 8. AD L. JUL. ET PAPIAM.

(1) Pater.

(2) Julia scilicet; ut liquet ex inscriptione.

(3) Forte legendum *alterius quam patroni :* vel dicendum eam nullius alterius, etiam patroni (si duos patronos habeat, ut infra N. 27.) concubinam esse posse, invito eo patrono a quo divertit.

(4) Finge : qui patronus non erat, petiit a muliere quam suam libertam esse contendebat, operas sibi exhiberi. Mulier ei detulit jusjurandum : et ille juravit se patronum esse. Proderit quidem ei jusjurandum ut operæ ei exhibeantur; non vero ut jus habeat, si postea hæc mulier ei nupserit, prohibendi ne ab eo divertat et cum alio contrahat Nuptias.

(5) Sed his quos ancilla aut alius pro ea ipsi subministrabat, ut eam emeret, emptamque manumitteret.

Quod tamen de filio patroni diximus, hanc limitationem patitur: nimirum Si uni ex filiis assignatam alter uxorem duxerit, non idem jus quod patrono tribuendum. Nihil enim juris habebit, quia Senatus (1) omne jus libertorum assignatorum ad eum transtulit cui id pater tribuit. *d. l.* 48. § 2.

XXVIII. *Vidimus quis patronus patronive filius, libertæ quæ ab ipso invito divertit connubium cum alio impediat. Jam videndum quandiu duret hoc impedimentum.*

Ait Lex: Quandiu patronus eam uxorem esse volet. Et velle debet uxorem esse et patronus durare. Si igitur aut patronus esse, aut velle desierit; finita est Legis auctoritas. *l.* 11. § 1. *ff. de Divort.* Ulp. lib. 3. ad L. Jul. et Pap.

Tamen Si ab hostibus patronus captus esse proponatur; vereor (2) ne possit ista connubium habere nubendo, quemadmodum haberet si mortuus esset. Et qui Juliani sententiam probant, dicerent non habituram connubium (3). Putat enim Julianus durare ejus libertæ matrimonium, etiam in captivitate propter patroni reverentiam. Certe si in aliam servitutem patronus sit reductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium. *l.* 45. § 6. Ulp. lib. 3. ad L. Jul. et Papiam.

Quando autem invitus patronus dicitur, et invitus esse desinit?

Deinde ait Lex: Invito patrono. Invitum accipere debemus eum qui non consentit ad divortium. Idcirco nec a furioso divertendo solvit se hujus Legis necessitate, nec si ab ignorante diverterit. Rectius enim hic invitus dicitur, quam qui dissensit. *d. l.* 45. § 5.

Cæterum non requiritur expressus consensus ad divortium. Enimvero Illud rectissime placuit; quali quali voluntate intelligi possit patronus animum habere desiisse, quasi in uxorem finiri hujus Legis beneficium. Proinde cum patronus Rerum amotarum cum liberta quæ ab invito eo diverterat, vellet experiri: Imperator noster cum Divo patre suo rescripsit, Intelligi eum hoc ipso nolle nuptam sibi, qui eam actionem vel aliam importet quæ non solet, nisi ex divortio oriri. Quare si accusare eam adulterii cœperit vel alio crimine postulare, quod uxori nemo objicit; magis est ut diremptum sit matrimonium. Etenim meminisse oportet ideo adimi cum alio connubium, quia patronus sibi nuptam cupit. Ubicumque igitur vel tenuis intellectus videri potest nolentis nuptam, dicendum est jam incipere libertæ cum alio esse connubium. Proinde si patronus sibi desponderit aliam vel destinaverit, vel matrimonium alterius appetierit, credendus est nolle hanc nuptam. Et, si concubinam sibi adhibuerit; idem erit probandum (4). *sup. d. l.* 11. § 2. *ff. de Divort.* Ulp. lib. 3. ad L. Jul. et Pap.

Jus quo liberta quæ a patrono invito divertit prohibetur alteri nubere, confirmavit Justinianus, Nov. XXII. cap. 27.

XXIX. *Quæcumque diximus de liberta patroni uxore, trahenda sunt ab libertam patroni concubinam.*

Hinc quum quidam dixisset: Quæ in concubinatu est, ab invito patrono poterit discedere; et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare:

Ulpianus notat: Ego quidem probo in concubina, adimendum ei connubium si patronum invitum deserat; quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matremfamilias habere. *l.* 1. *ff. de Concub.* Ulp. lib. 2. ad L. Jul. et Pap.

Non sunt autem trahenda quæ diximus, ad eam libertam quam patronus contra Leges accepit.

V. G. Si ignominiosam libertam suam patronus uxorem duxerit; placet, quia contra Legem maritus sit, non habere eum hoc Legis beneficium. *l.* 48. § 1. Terentius-Clemens. lib. 8. ad L. Jul. et Pap.

Denique Hoc Caput ad nuptam tantum libertam pertinet, ad sponsam non pertinet. Et ideo invito patrono nuptium sponsa liberta si miserit, cum alio connubium habet. *l.* 45. § 4. Ulp. lib. 3. ad L. Jul. et Pap.

SECTIO III.

De iis personis quæ invicem Nuptias contrahere non possunt.

Jure Pandectarum quinque sunt causæ ex quibus Nuptias invicem contrahere vir et mulier non poterant; cognatio, affinitas, publica honestas, potestas, item certa dignitatis inæqualitas.

Sextam causam addiderunt Arcadius et Honorius. l. 6. *Cod.* de Judæis, et l. 5. *Cod.* Ad L. Jul. de Adult. *petitam ex diversitate religionis. Prohibent quippe his legibus sub pœna adulterii, ne Judæus Christianam uxorem ducat, aut Christiana Judæo nuberet. De hac causa nil amplius dicemus: cæteræ fusius discutiendæ.*

ARTICULUS I.

De cognatione.

XXX. *Ex causa cognationis* Nuptiæ consistere non possunt inter eas personas quæ in numero parentum liberorumve sunt; sive proximi sive ulterioris gradus sint, usque ad infinitum. *l.* 53. Gaius lib. 11. ad Ed. provinc.

(1) Intellige Senatusconsultum cujus mentio fit in Instit. Tit. *de Assign. libert.* § fin.

(2) Modestus decidendi modus Jurisconsultis familiaris.

(3) Etsi enim captivus, si consideretur ut captivus, non possit videri *durare patronus*; cum is qui servus hostium est, nulla jura habere possit; tamen propter spem postliminii jus patronatus non est extinctum: adeoque nondum remotum est impedimentum quod obstat connubio hujus libertæ.

(4) Ei enim qui uxorem haberet, nefas habere concubinam.

Prohibentur etiam in secundo et tertio gradu lineæ transversæ.

Permissæ tamen sunt sub Imperatore Claudio inter patruum et fratris filiam, Senatusconsulto cujus meminit Suetonius in CLAUDIO, *N.* 26. *Sed cum in favorem demum ipsius Claudii qui Agrippinam Germanici fratris sui filiam nuisere deperibat, data fuerit venia talium conjugiorum* QUÆ AD ID TEMPUS INCESTA HABEBANTUR; *et* NON REPERTIS *(ut pergit Suetonius)* QUI SEQUERENTUR EXEMPLUM: *mirum non est quod hujus SCti venia nunquam porrecta fuerit ad sororis filiam. Hinc ita Ulpianus:*

Inter cognatos autem ex traosverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum (1) matrimonia contrahi oon poterant, nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxurem ducere; sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam, nec amitam vel materteram, quamvis eodem gradu (2) sint. ULP. FRAGM. *tit.* 5. § 6.

Pariter Paulus:

Inter pareotes et liberos Jure Civili matrimonia contrahi uon possunt. Nec filiam sororis aut neptem docere possumus. PAUL. SENTENT. LIB. 2. *tit.* 19. § 10 et 11.

Hoc tamen connubii jus cum fratris filia, quamvis eo quo diximus modo introductum, durasse videtur usque ad Constantinum (3) *qui eas Nuptias interdixit. l.* 1. *Cod. Th.* de Incest. Nupt.

XXXI. *In quarto gradu transversæ lineæ permittuntur Nuptiæ Jure Pandectarum. Varium tamen postea de ea re Jus fuit sub imperatoribus Christianis. Sed tandem ex postrema Constitutione Arcadii et Honorii (qui eas ipsi, vivente D. Ambrosio, sub gravissimis pœnis inhibuerant) permissæ sunt in eo gradu Nuptiæ. l.* 19. *Cod.* de Nupt.

Ita autem in eo gradu permittuntur, nisi alter cognatorum alteri sit parentis loco.

Hinc sicut Amitam quoque et materteram; item magnam quoque amitam, et materteram magnam prohibemur nxorem ducere: quamvis magna amita et matertera quarto gradu sint. *l.* 17. § 2. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Hinc et Sororis proneptem non possum ducere uxorem, quooiam parentis loco ei sum. *l.* 39. PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

XXXII. Et nihil interest ex justis Nuptiis cognatio descendat, an vero nou. Nam et vulgo quæsitam sororem quis vetatur uxorem ducere. *l.* 54. SCÆVOLA LIB. 1. REGUL.

Serviles quoque cognationes in hoc Jure observandæ sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem. Tantumdem Juris est in sorore et sororis filia. Idem e contrario dicendum est; ut pater filiam non possit ducere si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse. Unde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam IN CONTRAHENDIS MATRIMONIIS, NATURALE JUS ET PUDOR INSPICIENDUS EST. Contra pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere. *l.* 14. § 2. PAUL. LIB. 35. AD SABIN.

Item Pomponius: Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest; quia hoc Jus moribus (4) non Legibus introductum est. *l.* 8. POMPON. LIB. 5. AD SABIN.

XXXIII. *Cognatio etiam mere civilis, impedimento est Nuptiis. Hinc Gaius:* Utique autem amitam, et amitam magnam prohibemur uxorem ducere, etsi per adoptionem nobis conjunctæ sint. *l.* 17. § 2. ¶ *fin.*

Quinetiam nefas existimatur eam quoque uxorem ducere quæ per adoptionem filia nobis esse cœperit.

In tantum ut, etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem Juris maneat (5). *l.* 55. GAIUS. LIB. 11. AD ED. PROVINC.

In collaterali autem linea, si per emancipationem dissoluta sit hæc cognatio quæ ex adoptione procedit, non impediuntur Nuptiæ.

Hinc idem Gaius: Per adoptionem quæsita fraternitas, eo usque impedit nuptias donec manet adoptio. Ideoque eam quam pater meus adoptavit et emancipavit, potero uxorem ducere. Æque et, si me emancipato, illam in potestatem retinuerit, poterimus jungi matrimonio. *l.* 17. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Itaque volenti generum adoptare suadetur ut filiam emancipet: similiter suadetur ei qui nurum velit adoptare, ut emancipet filium. *d. l.* 17. § 1.

Qui autem per adoptionem cognati intelligi debeant, ita docet Ulpianus. Adoptivæ sororis filiam possum uxorem ducere; cognata enim mea non est, filia ejus: quia AVUNCULUS NEMO FIT PER ADOPTIONEM; et eæ demum cognationes contrahuntur in adoptionibus, quæ legitimæ essent (id est) quæ agnatorum jus haberent. Pari ratione et sororem

(1) Exclusive.

(2) Hæc est hujus textus germana lectio, quam male emendare tentavit Cujacius in Not. ad hunc textum: et ipse sententiam mutavit Observ. XIII. 16.

(3) Nec obstat quod apud Cajum legitur *Fratris quoque et sororis filiam uxorem ducere non licet.* Hic enim textus ab Aniano interpolatus est.

Nec obstat pariter Constitutio Diocletiani et Maximiani: *Nemini liceat contrahere matrimonium cum filia, nepte vel pronepte; itemque cum matre avia vel proavia et ex latere amita ac matertera, sorore sororis filia et ex ea nepte,* PRÆTEREA FRATRIS TUI FILIA, ET EX EA NEPTE: *itemque ex affinibus; privigna, noverca, nuru, socru, cæterisque quæ Jure antiquo prohibentur: a quibus cunctos volumus se abstinere.* l. 17. Cod. *de Nupt.* Hanc enim phrasim *Præterea fratris tui filia, et ex ea nepte,* a Triboniano interpolatam liquet ex Tit *de Incest. Nupt.* apud Pithœum *Collat. Leg. Mos. et Rom.* tit. 6. ubi hæc Constitutio sine hac phrasi refertur.

(4) *Mores* hic accipe, Jus Gentium; Jus quod apud omnes gentes custoditur.

(5) Nulla quidem post adoptionem remanet cognatio; verum talis cognationis præteritæ memoria sufficit ad impediendas nuptias.

patris mei adoptivi possum ducere, si non fuit eodem patre nata (1). *l.* 12. § 4. Ulp. lib. 26. ad Sabin.

ARTICULUS II.

De affinitate.

XXXIV. *Est affinitas necessitudo quæ intercedit inter unum e conjugibus, et alterius conjugis cognatos.*

Hac affinitatis ratione connubium non est inter vitricum novercamve, et privignos aut privignas; inter socerum et nurum, aut socrum et generum.

Igitur Nunc videamus quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intelligantur, ut sciamus quas non liceat ducere. Quidam novercam per se patris uxorem, et nurum filii uxorem, et privignam uxoris ex alio marito filiam intelligunt. Sed quod ad hanc causam, verius est nec avi uxorem nec proavi duci posse. Duas ergo vel plures novercas ducere non poterit. Non mirum : nam et is qui adoptivus est, nec naturalis patris nec adoptivi uxorem ducere potest. Sed et si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum.

Itaque Socrus appellatione non tantum uxoris meæ mater, sed et avia et proavia intelligitur, ut nullam earum ducere possim.

Nurus quoque appellatione, non tantum filii uxor sed et nepotis et pronepotis continetur; licet quidam has Pronurus appellent.

Privigna quoque non solum ea mihi intelligitur quæ uxoris meæ filia est, sed et neptis et proneptis; ut nullam earum ducere possim. *l.* 14. § 4. Paul. lib. 35. ad Ed.

Item Aristo respondit, Privignæ filiam non magis uxorem duci posse quam ipsam privignam. *l.* 40. Pompon. lib. 4. ex Plaut.

Hos itaque inter se, quod affinitatis causa parentium liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est. *l.* 4. § 7. *ff. de Gradib. et affin.* Modestin. lib. 12. Pandectarum.

XXXV. *Affinitatis impedimentum ad lineam collateralem porrexerunt Valentinianus, Theod. et Arcad.* Fratris uxorem ducendi, vel duabus sororibus conjungendi, penitus licentiam summovemus; nec dissoluto quocumque modo conjugio. *l.* 5. *Cod. de Incest. Nupt.*

XXXVI. *Nec sola quæ ex justis Nuptiis orta est affinitas, adimit connubium.*

1.° Idem *enim* quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus servandum est, veluti ut eam quæ in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere; et contrà eam quæ in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere : æque nec matrem ejus quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum. Cum enim cognatio servilis intelligitur, quare non et affinitas intelligatur? Sed in re dubia certius et modestius est, hujusmodi Nuptiis abstinere. *l.* 14. § 3. Paul. lib. 35. ad Ed.

2.° *Ergo et ex concubinatu intelligetur nasci affinitas. Unde* Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt; quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur : qui si contra hoc fecerint crimen stupri committunt. *L.* 4. *Cod. de Nupt.* Alexander.

XXXVII. *Nulla autem affinitas est inter comprivignos, ut ex ipsa affinitatis definitione liquet. Igitur* Inter privignos contrahi Nuptiæ possunt, etsi fratrem communem ex novo parentium matrimonio habent. *l.* 34. § 2. Papin. lib. 4. resp.

ARTICULUS III.

De publica honestate.

XXXVIII. *Etiam ex causa publicæ honestatis interdicuntur Nuptiæ. Nam* Semper in conjunctionibus, non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit. *l.* 42. *hic*, *et* l. 197. *de Reg. Jur.* Modest. lib. sing. de Rit. Nupt.

Et Non omne quod licet, honestum est. *l.* 144. *de Reg. Jur.* Paul. lib. 62. ad Ed.

Ex hac causa prohibentur Nuptiæ inter eas personas, quæ (si Juris definitiones spectentur) nulla quidem inter se cognationis aut affinitatis vinculo fuerunt junctæ; quas tamen hac in re pro cognatis aut affinibus haberi pudor naturalis jubet.

Sic Patris adoptivi mei matrem (2), aut materteram (3), aut neptem ex filio (4), uxorem ducere

(1) Hic Ulpianus solum summum jus attendit. Cæterum hæ nuptiæ, etsi jure summo permissæ, tamen publicæ honestatis ratione prohibentur : infra N. 38.

(2) Quamvis *patris adoptivi mei mater*, mihi aviæ loco non sit. l. 23. ff. *de Adopt.* quam vid. supra lib. 1. d. tit. N. 26.

(3) *At*, inquies, *matertera patris mei adoptivi*, quamdam materteræ speciem adumbrare, et mihi quasi matris loco esse non magis videri potest, quam patris mei adoptivi soror uterina : hanc tamen mihi nubere posse docet Ulpianus in l. 12. § 4. supra N. 33. Hotomannus ut se expediat, delet hæc verba *aut materteram*; sed nimis confidenter. Respondendum puto, Ulpianum in d. l. 12. § 4. solam exactam cognationis notionem, quæ solos patris adoptivi agnatos, per adoptionem cognatos facit, et solum summum jus considerare : hoc Jure patris mei adoptivi soror uterina non matertera, imo et mater possunt mihi nubere; verum tales nuptias quas Jus summum permittere videtur, vetat publica honestas, quam hic in l. 55. § 1. Gaius attendit, et quæ in nuptiis præcipue observatur : illa enim non solum justam cognationem, sed vel quamlibet cognationis umbram inter illas personas quæ parentum et liberorum loco invicem videri possunt, in nuptiis abhorret.

(4) *Neptis ex filio patris mei adoptivi* mihi per adoptionem fit cognata, et instar fratris filiæ : verum tempore Gaii, ex Constitutione Claudii, cum fratris filia erat connubium, supra N. 30. Quapropter puto legendum ex *filia* Neptis ex filia patris mei adoptivi, summo quidem Jure quod solos patris adoptivi agnatos, mihi cognatos facit, non est mihi cognata : sed vel solam cognationis umbram, qua mihi videri potest esse instar sororis filiæ cum qua connubium non est, publica honestas jubet esse ejus nuptiis impedimento.

non possum. *l.* 55. § 1. Gaius. lib. 11. ad Ed. provinc.

Et hoc quidem indistincte obtinet in matre : ut patet ex l. 33. *ff.* de Adopt.

Quoad materteram vero aut neptem patris mei adoptivi, sic limita : Scilicet si in familia ejus sim : alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit Nuptias (1); scilicet quia post emancipationem extraneus intelligor. *d.* § 1.

Quid de uxore? Adoptivus filius (*etiam*) si emancipetur, eam quæ patris adoptivi uxor fuit ducere non potest; quia novercæ locum habet. *l.* 14. Paul. lib. 15. ad Ed.

Item si quis filium adoptaverit, uxorem ejusdem quæ nurus loco est ne quidem post emancipationem filii ducere poterit; quoniam aliquando nurus ei fuit (2). *d. l.* 14. § 1.

Quod Si qua mihi uxor fuit, deinde a me repudiata nupsit Seio, postea adrogavi : non sunt Nuptiæ incestæ (3). *l.* 12. Ulp. lib. 26. ad Sabin.

XXXIX. *Alia exempla sunt. Puta* Inter me et sponsam patris mei Nuptiæ contrahi non possunt, quanquam noverca mea non proprie (4) dicatur. *l.* 12. § 1. Ulp. lib. 26. ad Sabin.

Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur. *d. l.* 12. § 2.

Pari ratione ; Item ejus matrem quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est : fuisse enim eam socrum (5). *l.* 14. § *fin.* Paul. lib. 35. ad Sabin.

Item Si uxor mea post divortium alii nupserit, et filiam susceperit; putat Julianus hanc quidem privignam non (6) esse, verum Nuptiis ejus abstinendum. *sup. d. l.* 12. § 3.

Denique Uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet; nec in matrimonium convenire novercam ejus qui privignæ maritus fuit. *l.* 15. Papin lib. 4. respons.

XL. *Ad causam quoque publicæ honestatis referri potest, quod inter patronam et libertum ejus, connubium non sit. Non enim decet libertum qui patronæ suæ subditus esse debet, eam uxorem habere sibi subjectam.*

Hinc Severus et Antoninus : Libertum qui patronam seu patroni filiam, vel conjugem, vel neptem vel proneptem, uxorem ducere ausus est, apud competentem judicem accusare poteris; moribus temporum meorum congruentem Sententiam daturum, quæ hujusmodi conjunctiones odiosas esse merito duxerunt. *l.* 3. *Cod. de Nuptiis.*

Non solum autem liberto suo mulier prohibetur nubere : sed et Mulier liberto viri ac patroni sui mala ratione conjungitur. *l.* 62. § 1. Papin. lib. 4. respons.

Hæc tamen recipiunt limitationem. Nam Si patrona tam ignobilis sit ut ei honestæ sint vel saltem liberti suæ Nuptiæ; officio judicis super hoc cognoscentis hæ prohiberi non debent. *l.* 13. Ulp. lib. 34. ad Sabin.

XLI. *Regulariter quidem liberto patrona nubere non potest. Contra vice versa* Uxorem libertam suam manumissori, si non sit ex his personis quæ specialiter prohibentur (7), ducere non est interdictum. Et ex eo matrimonio justos patri filios nasci certissimum est. *l.* 15. *Cod. de Nuptiis* Diocl. et Maxim.

Et quidem etiam alumnam suam quam libertate donavit, potest quis uxorem ducere ; ut definivit Justinianus. l. 26. Cod. de tit.

Vetuit autem ne quis eam mulierem quam e sacro baptismate suscepisset, duceret. d. l. 26.

ARTICULUS IV.

De impedimento Nuptiarum ex causa potestatis.

Ex hac causa prohibentur Nuptiæ inter tutorem aut curatorem eorumve liberos, et pupillum vel adultam ; item inter eum qui gerit Officium in provincia, et mulierem ejusdem provinciæ.

§ 1. *De vetitis Nuptiis inter tutorem et pupillam.*

XLII. Tutor vel curator (8) adultam uxorem ducere non potest (9), nisi a patre desponsa destinatave, testamentove nominata conditione Nuptiis, secuta fuerit. *l.* 36. Paul. lib. 5. Quæst.

Igitur Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam, intra vigesimum et sextum (10) annum non desponsam a patre nec testamento destinatam ducat uxorem, vel eam filio suo jungat : quo

(1) Cum id de Matertera sola, aut de nepte ex filia patris adoptivi, intelligi possit; Cujacius putat vocem hanc *Matrem*, quæ supra in principio hujus § 1. legitur, male irrepsisse in textu.

(2) Proprie quidem, ex nuptiis duntaxat, non etiam ex adoptione contrahitur affinitas, verum vel has solas affinitatis umbras, publica honestas arcet a nuptiis.

(3) Nam cum Seius postea demum quam illa desierat mea esse uxor, mihi filius esse cœperit; nunquam ei privignus fuit.

(4) Demum enim ex nuptiis, non ex sponsalibus contrahitur affinitas.

(5) Improprie scilicet; ut in superioribus exemplis.

(6) Nunquam enim fuit filia uxoris meæ, cum post divortium sit suscepta.

(7) Ut senatores : infra art 5.

(8) Hæc verba *vel curator* hic et in aliis legibus interpolavit Tribonianus. Nec enim Jure Pandectarum sub curatoribus, sed sub perpetuis tutoribus feminæ erant.

(9) Hoc constitutum videtur Senatusconsulto sub Marco et Commodo ; ut colligere est ex inscriptione legis 60. h. t. quæ est infra N. seq. ; et diserte dicitur, in l. 67. § 3. infra N. 47.

(10) Scilicet non poterat eam ducere, quandiu ea poterat restitui in integrum adversus rationes tutelæ ipsi redditas. Annus autem utilis ad restitutionem Jure Pandectarum competebat. Hinc tutor *intra annum* 26. non posse ducere dicitur. Jure Justinianeo cum quadriennium ad restitutionem detur, hæc probibitio durat usque ad annum 29.

facto uterque infamatur, et pro dignitate pupillæ extra ordinem coercetur. Nec interest filius sui juris an in hac patris potestate sit. *d. l.* 66. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Quinimo Libertum eumdemque tutorem pupillæ, eo quod in matrimonium collocata ipsi tutori suo vel filio ejus est, Senatus relegandum censuit. *l.* 64. CALLISTR. LIB. 2. QUÆST.

Dictis consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam suam sibi vel filio suo, nullo Divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit; manet infamia contra eum, veluti confessum (1) de tutela : quia hujusmodi conjunctione fraudem administrationis tegere laboravit : et dos data per Condictionem (2) repeti potest. *l.* 7. *Cod. de Interd. matrim.*

Sed nec ignorantiæ in hac causa subvenitur. Enimvero Senatusconsulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium connubium saluberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiæ velamentis non oportet. *l.* 1. *Cod. d. tit.* SEVER. ET ANTONIN.

XLIII. *Quæritur jam quis tutor aut curator hac Senatusconsulti prohibitione contineatur ?*

Et si quis curator ventri bonisque datus sit, prohibitionem ejusdem Senatusconsulti inducit. Nam et hic debet rationem reddere. Nec spatium administrationis movere nos debet; quia nec in tutore nec curatore discrimen majoris aut minoris temporis quo in hujusmodi munere quis fuerit, habitum esse. *l.* 67. § 4. TRIPHONIN. LIB. 9. DISPUT.

Item Si quis tutor quidem non sit (3), periculum tamen tutelæ ad eum pertineat; an sententia Orationis contineatur ? Veluti si pupilla ab hostibus capta (4) fuerit; aut falsis allegationibus a tutela se excusaverit, ut ex Sacris Constitutionibus (5) periculum ad eum pertineat : dicendum est hos quoque ad Senatusconsultum pertinere. Nam et hujusmodi periculum in numerum trium tutelarum computari comprobatum est. *l.* 60. PAUL. LIB. SINGUL. AD ORATIONEM D. ANTONINI ET COMMODI.

Hoc tamen ita accipe, si principaliter ad eum pertineat periculum. Sed si propter alterius personam periculum ad eum pervenit; videamus ne extra sententiam Senatusconsulti sit : veluti si Magistratus in tutelæ periculum incidit, vel fidejusserit quis pro tutore vel curatore; quia nec in numerum trium tutelarum hæc imputantur : Et consequens est hoc probare. *d. l.* 60. § 1.

Quid ergo si honoris causa tutor datus sit; quatenus nec hujusmodi tutela in numerum computatur, numquid idem sit? Sed ratio in contrarium ducit; quod dictum est, et honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam. *d. l.* 60. § 2.

Quin autem ille qui quum datus est tutor, cessat in administratione, pertineat ad Orationem, non est dubitandum : quia perinde tenetur ex Sacris Constitutionibus, atque si gessisset *d. l.* 60. § 3.

Quid ergo, si quum se vellet excusare aliquo titulo, nec in promptu probationes haberet, excusationis negotium fuerit dilatum; et inter moras pupilla adoleverit ? An ad Senatusconsultum pertineat? Quæstio in eo est, an et post pubertatem, officio finito, excusationem ejus recipi oporteat. Nam si recipitur, et excusaverit, impune potest ducere : si vero non debeat recipi post officium finitum, non recte ducit. Et ait Papinianus libro 5 Responsorum, Officio finito, excusationem recipi non oportere : et ideo exacti temporis periculum ad eum pertinere. Sed mihi hoc nequaquam placet : iniquum enim est, propter dilationem quæ forte non dolo, sed quæ ex necessitate contingit, non excusari; vel Nuptias impediri, excusatione recepta. *d. l.* 60. § 4.

Quid ergo si tutor datus provocavit, et postea heres ejus victus est? Præteriti temporis periculum præstare debet ? An vero si filius heres fuerit et victus est; ad Orationem pertineat? Et consequens est hoc probare (6), quoniam rationem debet reddere. *d. l.* 60. § 8.

XLIV. *Hactenus de tutore et curatore. Ita autem rescribunt Leo et Anthemius :*

Si quis tutoris vel curatoris nomine usurpato, id est pro tutore seu curatore negotiorumve gestore res pupillæ administraverit, eamque sibi filiove suo copulaverit, tales Nuptias stare, et non ad exemplum tutorum infirmari sancimus : ne ex hujusmodi subtili vel maligno tractatu matrimonia seu proles ex his progenita, vel dos super his data vel promissa aliquam læsionem vel calumniam patiantur. *l.* 8. *Cod. de Interd. matrim. inter pupill.*

XLV. *Videndum etiam qui tutoris liberi hac Senatusconsulti prohibitione contineantur.*

1.° Senatusconsulto quo cautum est ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur. *l.* 59. PAUL. LIB. SING. DE ASSIGNAT. LIBERT.

2.° Naturales liberi, licet in adoptionem dati fuerint, Senatusconsulto continentur. *d. l.* 60. § 7.

3.° *Quinetiam mere naturales liberi continentur. Hinc Philippus :* Libertinum qui filio suo naturali, quem in servitute susceperat, postea manumisso pupillam suam eamdemque patroni sui filiam in matrimonio collocavit; ad sententiam Amplissimi

(1) Videtur enim hoc facere, ne ut par est rationes tutelæ reddat; adeoque confiteri se non probe tutelam gessisse.

(2) *Condictionem sine causa ;* quia ubi nullæ sunt Nuptiæ, dos esse non debet.

(3) Subtilitate Juris inspecta.

(4) Non est enim tutela nisi civi in civem Romanum. Sed cum reversa, fictione postliminii intelligatur semper fuisse in civitate; videtur etiam semper fuisse in tutela.

(5) De qua re vid. infra lib. 27. Tit. *de Excus. tut.*

(6) Vid. infra N. 48.

Ordinis qui hujusmodi Nuptiis interdicendum putavit, pertinere, dubitari non oportet. *l.* 4. *Cod. de Interd. matrim.*

4.° *Adoptivi etiam continentur, sed durante demum adoptione.* Quid ergo si adoptivus filius tutoris duxerit pupillam illicite, posteaque emancipatus fuerit? Credendum est de adoptivis emancipatis Senatum non sensisse : quia post emancipationem in totum adoptivæ familiæ obliviscuntur. *d. l.* 60. § 6.

XLVI. *Observandum quod* Non solum vivo tutore, sed et post mortem ejus, filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam cujus tutelæ rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, extiterit ei heres filius, an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut præteritus emancipatus. Nam et fieri potest ut per fraudem in eum collocata bona patris, propter tutelam revocari oporteat. *l.* 67. TRYPHONIN. LIB. 9. DISPUT.

XLVII. *Circa liberos tutoris aut curatoris illud superest observandum; quod, si adulta nubat filio ejus qui eo tempore non erat ejus curator, sed postea ejus curator fiat; non ideo solvuntur Nuptiæ.*

Hoc rescribit Alexander : Cum proponas ei quam matrimonio tuo junctam suggeris, post liberos susceptos curatorem patrem tuum datum; quem contendis (1) nec te in potestate habuisse : cum rite contractum matrimonium ex post facto vitiare non (2) potuerit, justam interpretationem metuere non debes, ne liberi quos habetis, non ex justo matrimonio suscepti videantur. Ut autem omnis scrupulus auferatur, insistere pater tuus debet, necnon et uxor tua, ut alius loco ejus detur. Habebit enim facultatem repetendæ rationis negotiorum gestorum ab eo qui fuerit substitutus. *l.* 3. *Cod. de Interd. matrim.*

Affinis est illa quæstio de qua ita Tryphoninus : Sed videamus si Titii filius duxerit uxorem eam quæ tua pupilla fuit; deinde Titium vel filium ejus adoptaveris, an perimentur Nuptiæ, ut in genero adoptato dictum est : an adoptio impeditur? Quod magis dicendum est; et, si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum ejus puellæ cujus curator est. Nam finita jam tutela, et nupta puella alii, vereor ne longum sit adoptionem mariti ejus impedire, quasi propter hoc interponatur ut ratio totelæ reddendæ colubeatur. Quam causam prohibitionis Nuptiarum contrahendarum Oratio Divi Marci continet. *d. l.* 67. § 3.

XLVIII. *Ad alias etiam personas præter tutorem et curatorem eorumque liberos, Senatusconsultum productum est. Ea de re ita Callistratus :* Senatusconsulti quo prohibentur tutores et filii eorum pupillas suas ducere, puto heredem quoque tutoris extraneum sententia apprehendi; cum ideo prohibuerit hujusmodi Nuptias, ne pupillæ in re familiari circumscribantur ab his qui rationes eis gestæ tutelæ reddere compelluntur. *l.* 64. § 1. CALLISTRATUS LIB. 2. QUÆST.

Sed etsi filiusfamilias tutor puellæ vel curator fuit, puto vel magis patri ejus non oportere eam nubere. Numquid nec fratri qui est in ejusdem potestate? *d. l.* 67. § 2.

Denique Libertum curatoris puellæ prohiberi oportet uxorem eamdem ducere. *l.* 37. PAUL. LIB. 7. RESPONS.

Enimvero Curatoris libertum eam pupillam cujus patronus res administrat, uxorem ducere satis incivile est. *l.* 66. § 1. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

XLIX. *Vidimus ad quas personas porrigatur prohibitio qua vetatur tutor aut curator pupillam adultamve uxorem ducere.*

Contra, hæc prohibitio personam pupillæ adultæve non egreditur. Unde Si puellæ tutelam Titius administravit, vel curator negotia gessit; eaque nondum recepta ratione decessit; filia herede relicta : quæreuti an eam filio suo posset Titius collocare in matrimonium, dixi posse; quia ratio hereditaria esset, et sit simplex debitum. Alioquin omnis debitor eam cui obligatus esset ex aliqua ratione, prohibetur sibi filioque suo conjungere. *d. l.* 67. § 5.

Multo magis Mater pupillæ cum tutore filiæ suæ vel filio tutoris, Nuptias contrahere non prohibetur. *l.* 2. *Cod. de Interd. matrim.* ALEXANDER.

Item nec in hac prohibitione, pupillæ adultæve appellatione pupillus adultusve continetur. Tutor autem pupilli non prohibetur filiam suam collocare pupillo suo in matrimonium. *l.* 64. § 2. CALLISTR. LIB. 2. QUÆST.

Similiter Philippi rescribunt : Curatorem adulto suo filiam suam nuptui collocare non posse, falso tibi persuasum est. *l.* 5. *Cod. de Interd. matrim.*

L. *Complectitur hoc Senatusconsultum, tam primas quam ulteriores puellæ Nuptias.*

Hinc Tutor qui rationes curatori reddidit, puellam suam, ante constitutum tempus ætatis ejus (3), uxorem ducere nec matrem ex alio matrimonio factam potest. *l.* 62. § 2. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

LI. *Superest ut videamus quas exceptiones Senatusconsultum patiatur.*

Primam jam tetigimus, scilicet si pater pupillæ eam his Nuptiis destinasset. Cæterum oportet ut specialiter eam destinaverit.

Hinc Quanquam in arbitrio matris pater esse voluerit cui nuptum filia communis collocaretur; frustra tamen ab ea, tutor datus eligetur. Neque enim intelligitur pater de persona tutoris cogitasse; cum ideo maxime matrem prætulit, ne filiæ Nuptias tutori committeret. *d. l.* 62.

(1) Perperam hoc in quæstionem adducebat. Lex enim quæ interdicit Nuptias inter adultam et filios curatoris, non distinguit an fuerint in potestate necne : ut vid. supra *n.* 45.

(2) Hæc ratio decidendi.

(3) Id est, ante tempus quo adversus rationes curatori suo redditas restitutionem petere posset.

Alteram exceptionem refert Tryphoninus. Ita ille : De uno dubitari potest; si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipato natæ, an nepoti ex altero filio eam collocare possit sive emancipato sive manenti in potestate. Quia (1) PAR AFFECTIONIS CAUSA SUSPICIONEM FRAUDIS AMOVET. Sed etsi Senatusconsultum stricto Jure contra omnes tutores nititur; attamen summæ affectionis avitæ intuitu, hujusmodi Nuptiæ concedendæ (2) sunt. *l.* 67. § 1. TRYPHON. LIB. 9. DISPUT.

Dubitari potuisset num Senatusconsultum tertiam pateretur exceptionem, quum pupilla bonis parentis abstinuit, quia videtur ratio Senatusconsulti cessare, cum nulla bona pupilla habuerit quorum ratio ipsi a tutore debeatur.

Tamen et hoc casu Senatusconsultum locum habere docet Tryphoninus : quia scilicet tutor non solum is cujus auctoritate aditur hereditas, sed et is qui pupillam abstinet bonis patris sui, rationem ejus rei præstare debet. Et fieri potest ut, et si inconsultius hoc fecerit, et hoc nomine condemnari debeat. Sed et si optimo consilio usus sit auxilio Prætoriæ jurisdictionis, quia non solvendo pater ejus decesserat; nihilominus tamen, quia judicio hoc probari oportet, impediuntur Nuptiæ. Nam qui bene tutelam et ex fide administravit, nihilominus prohibetur. *d. l.* 67. § 6.

§ 2. *De vetitis Nuptiis inter eum qui potestate præditus est in provincia, et mulierem ejusdem provinciæ.*

LII. Si quis Officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem (3) uxorem ducere non potest : quamvis sponsare non prohibeatur; ita scilicet ut, si post Officium depositum noluerit mulier Nuptias contrahere, liceat ei hoc facere; arrhis tantummodo redditis (4) quas acceperat. *l.* 38. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Igitur si Præfectus cohortis vel Equitum aut Tribunus, contra interdictum, ejus provinciæ duxit uxorem in qua Officium gerebat; matrimonium non erit. Quæ species pupillæ comparanda est cum ratio potentatus Nuptias prohibuerit. Sed an huic quoque, si virgo nupsit, non sit auferendum quod testamento relictum est, deliberari (5) potest? Exemplo tamen pupillæ nuptæ tutori, quod relictum est, potest mulier consequi. Pecuniam tamen in dotem datam, mulieris heredi restitui necesse est. *l.* 63. PAPIN. LIB. 1. DEFINIT.

Neque solum ipse ducere ; sed et Qui in provincia Officium aliquod gerit, prohibentur etiam consentire filio suo uxorem ducenti. *l.* 57. MARCIAN. LIB. 2. INSTIT.

Verum Qui in provincia aliquid administrat, in ea provincia filias suas in matrimonium collocare et dotem constituere non prohibetur. *l.* 38. § 2. PAUL. LIB. 2. SENT.

LIII. *Quidam Officiales excipiuntur ab hac prohibitione. Ait enim Paulus*, Eos qui in patria sua militant, non videri contra Mandata ex eadem provincia uxorem ducere; idque etiam quibusdam Mandatis contineri. *l.* 65. PAUL. LIB. 7. RESPONS.

LIV. *Vidimus qui ex hac causa prohibeantur ducere uxores.*

Eas autem demum Lex vetat ab Officialibus duci, quæ in provincia domicilium suum habent.

Huc refer quod ait Ulpianus : PROVINCIALES eos accipere debemus qui in provincia domicilium habent, non eos qui ex provincia oriundi sunt. *l.* 190. *ff. de Verb. signif.* ULPIAN. LIB. 34. AD EDICT.

Ab hac prohibitione excipitur quæ desponsa erat ante cœptum Officium.

Hinc Paulus : Veterem sponsam in provincia quam quis administrat, uxorem ducere potest; et dos data non fit caduca (6). *sup. d. l.* 38. § 1.

LV. *Observandum superest, hoc impedimentum Nuptiarum cessare, deposito Officio.*

Hinc Idem Paulus eodem libro respondit, Mihi placere, etsi contra Mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum Officium : si in eadem voluntate perseverat, justas Nuptias effici, et ideo postea (7) liberos natos ex justo matrimonio legitimos esse. *l.* 65. § 1. PAUL. LIB. 7. RESPONS.

Similiter Gordianus : Etsi contra Mandata Principum contractum sit in provincia, consentiente muliere, matrimonium : tamen post depositum Officium, si in eadem voluntate perseveraverit, justæ Nuptiæ efficiuntur : et ideo postea liberos susceptos natosque ex justo matrimonio, legitimos esse responsum viri prudentissimi Pauli declarat. *l.* 6. *Cod. de Nuptiis.*

(1) Hæc ratio est inducendæ hoc casu exceptionis, Senatusconsulto quo prohibentur tutores liberos suos in matrimonium cum pupillis quondam suis collocare.

(2) Ex hac lege patet nuptias Jure Pandectarum in quarto cognationis gradu, nedum vetitas, imo laudabiles fuisse.

(3) Cujacius observat hoc sic accipiendum ut quæ domicilium ibi habet, etsi non sit oriunda, contineatur prohibitione. Cæterum eam quæ est oriunda, non alias contineri quam si domicilium habeat : alioquin cessare rationem potestatis quæ huic prohibitioni locum dat. Vid. infra N. 54.

(4) Ex Constitutione Theodosii (quam retulimus Tit. præced. N. 15.) arrhas reddere non tenetur.

(5) Injustarum nuptiarum pœna hæc est, ut quidquid ex testamento injusti mariti mulier ceperit, ei auferat fiscus tanquam indignæ. Verum hac in re ætati subvenitur : unde hæc pœna remittitur pupillæ, *si* adhuc *virgo* (id est adhuc tenellæ ætatis nondum major 25 annis) *nupsit*. Ita Cujac. ad h. l.

(6) Hæc pœna est illicitarum nuptiarum; ut infra videb. Part. seq.

(7) Ex tunc igitur, non retro justæ fiunt nuptiæ.

ARTICULUS V.

De inæqualitate conditionis aut dignitatis.

§ 1. *Jus antiquum usque ad Legem Juliam et Papiam.*

LVI. *Lege XII Tabularum, connubium Patricios inter et Plebeios ademptum est. Cum enim Appius-Claudius Decemvir tyrannicam dominationem quam affectabat, perennibus Patrum et plebis juvari discordiis cerneret; hoc Caput suis Legibus inseruerat, ne per hæc connubia Patres cum plebe in concordiam redirent. Verum anno U. C. 310, fuisse restitutum Lege lata, rogante C. Canuleio Tribuno plebis, refert Livius IV. 6.*

Remanserunt autem antiquo Jure Nuptiæ interdictæ inter ingenuos et libertinæ conditionis personas. Unde per modum privilegii, cuidam Fescenniæ libertinæ conditionis feminæ concessum refert idem Livius, Uti ei ingenuo nubere liceret; neu quid ei qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiæve esse. *Liv. XXXIX. 19.*

Hoc Jus Lege Papia (1) *antiquatum est. Nam* Lege Papia cavetur omnibus ingenuis, præter Senatores eorumque liberos, libertinam uxorem habere licere. *l.* 23. Celsus lib. 30. digest.

Post hanc Legem, solis quidem Senatoribus eorumque liberis Nuptiæ cum libertina muliere interdictæ sunt:

Cæteri autem ingenui prohibentur ducere [palam (2) corpore quæstum facientem] lenam, a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et judicio publico damnatam, et quæ artem ludicram fecerit. Adjicit Mauricianus: Et a Senatu (3) damnatam. Ulpian. fragm. *tit.* 13. § 2.

§ 2. *Quarum Nuptiæ interdicantur ingenuis quibuslibet, ex Lege Julia et Papia.*

LVII. *Primum igitur prohibentur ingenui eam ducere quæ palam quæstum corpore fecit.*

Et quidem Palam quæstum facere dicemus, non tantum eam quæ in lupanario se prostituit; verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia, vel qua alia, pudori suo non parcit. *l.* 43. Ulp. lib. 1. ad L. Jul. et Pap.

Octavenus tamen rectissime ait, Etiam eam quæ sine quæstu palam se prostituerit, debuisse his connumerari. *d. l.* 43. § 3.

Palam autem sic accipimus, passim; hoc est, sine delectu: non si qua adulteris vel stupratoribus se committit; sed quæ vicem prostitutæ sustinet. *d. l.* 43. § 1.

Igitur Item quod cum uno et altero, pecunia accepta commiscuit, non videtur palam corpore quæstum facere. *d. l.* 43. § 2.

Cæterum Probrum intelligitur etiam in his mulieribus esse quæ turpiter viverent, vulgoque quæstum facerent; etiamsi non palam. *l.* 41. Marcell. lib. 26. digest.

Et, si qua se in concubinatu alterius quam patroni tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse dico. *d. l.* 41. § 1.

LVIII. *Prohibentur etiam ingenui ducere* Lenas.

Enimvero Lenocinium facere, non minus est quam corpore quæstum exercere. *d. l.* 43. § 6.

Lenas autem eas dicimus, quæ mulieres quæstuarias prostituunt. *d. l.* 43. § 7.

Nec refert suo an alieno nomine hanc negotiationem exerceant. Nam Lenam accipiemus, et eam quæ alterius nomine hoc vitæ genus exercet. *d. l.* 43. § 8.

Nec refert etiam, an principaliter lenocinium exerceat, an propter alteram negotiationem. Nam Si qua cauponam exercens, in ea corpora quæstuaria habeat, ut multæ adsolent, sub prætextu instrumenti cauponii, prostitutas mulieres habere; dicendum est, hanc quoque Lenæ appellatione contineri. *d. l.* 43. § 9.

LIX. *Circa meretrices et lenas nota* 1.° *Quod* Non est ignoscendum ei quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam egit. *d. l.* 43. § 5.

Nota 2.° Non solum autem ea quæ facit, verum ea quoque quæ fecit, etsi facere desiit, Lege notatur. Neque enim aboletur turpitudo quæ postea intermissa est. *d. l.* 43. § 4.

Prohibitione etiam continentur a lenone lenave manumissæ, ut supra vidimus; scilicet propter vehementem suspicionem prostratæ pudicitiæ.

LX. *Prohibitione quoque continentur* Damnatæ publico judicio. *Quale autem judicium dicatur publicum, ita declarat Ulpianus:* Senatus censuit, non conveniens esse ulli (4) Senatori uxorem ducere, aut retinere, damnatam publico judicio: quo judicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui Lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. *d. l.* 43. § 10.

Cæterum Si qua Calumniæ judicio damnata sit ex causa publici judicii, et quæ Prævaricationis damnata est (5), publico judicio damnata esse non videtur. *d. l.* 43. § 11.

(1) Rationem Legis refert Dio-Cassius lib. 54. *Quoniam masculi ingenui numerum ingenuarum feminarum multum anteibant.*

(2) Hæc est germana lectio hujus Ulpiani textus. Vulgo ita legitur: *Lege Julia prohibentur uxores ducere, Senatores quidem.... libertinas.... item corpore quæstum facientem. Cæteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, etc.* Ita ut prohibitio ducendi eam quæ corpore quæstum fecerit, referatur tantum ad Senatores: quod falsum est.

(3) Nam sub Imperatoribus, Senatus sæpe cognitiones publicorum judiciorum sibi vindicabat: Tacit. *Annal.* II. 85, et III. 10.

(4) Scilicet *Maxime Senatori*; cum hoc ingenuis cæteris interdicatur ut vid. supra N. 56.

(5) Vid. supra lib. 3. Tit. *de His qui not. infam.* § 4.

LXI. *Interdicuntur etiam ingenuo Nuptiæ mulieris in adulterio deprehensæ. Nam* Quæ in adulterio deprehensa est, quasi publico judicio damnata est. Proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum quia deprehensa est, erit notata, sed quia et publico judicio et damnata est. Quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico judicio damnata est. At si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit. Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi obesse debere; quia verum est eam in adulterio deprehensam: quia factum Lex, non Sententiam notaverit. *d. l.* 43. § 12.

Non adjicitur hic (ut in Lege Julia DE ADULTERIIS) A QUO, VEL UBI DEPREHENSAM. Proinde sive maritus, sive quis alius deprehendisse proponatur, videtur notata. Sed etsi non in domo mariti vel patris sui deprehensa sit, erit notata, secundum verba Legis. *d. l.* 43. § 13.

Denique prohibitione continentur quæ ARTEM LUDICRAM *fecerunt, ut dictum est supra.*

§ 3. *Quæ Nuptiæ Senatoribus interdicantur, ex Lege Julia et Papia.*

LXII. *Vidimus quas ingenui, etiam Plebeii, uxores ducere non possint. Jam videndum quibuscum personis Nuptiæ Senatoribus eorumque liberis interdicantur.*

Et primum quidem patet quod Eas quas ingenui cæteri prohibentur ducere uxores, Senatores non ducent. *l.* 44. § 8. PAUL. LIB. 1. AD L. JULIAM ET PAPIAM.

Nam Observandum est ut inferioris gradus homines ducant uxores eas, quas hi qui altioris dignitatis sunt, ducere Legibus, propter dignitatem, prohibentur. At contra antecedentis gradus homines non possunt eas ducere, quas his qui inferioris dignitatis sunt, ducere non licet. *l.* 49. MARCELLUS LIB. 1. AD L. JUL. ET PAP.

LXIII. *Præterea quædam sunt personæ a quarum nuptiis Senatores eorumque liberi peculiari Jure abstinere debent.*

Enimvero Lege Julia ita cavetur: « QUI Senator » est; quive filius; neposve ex filio; proneposve » ex filio nato, cujus eorum est, erit: ne quis » eorum sponsam, uxoremve sciens dolo malo ha» beto libertinam; aut eam quæ ipsa, cujusve pater » materve artem ludicram facit, fecerit.

» Neve Senatoris filia, neptisve ex filio, pro» neptisve ex nepote (filio nato) nata; libertino, » eive qui ipse cujusve pater materve artem lu» dicram facit, fecerit, sponsa, nuptave sciens dolo » malo esto.

» Neve quis eorum dolo malo sciens sponsam, » uxoremve eam habeto. *l.* 44. PAUL. LIB. 1. AD » L. JUL. ET PAP.

Hoc capite prohibetur Senator libertinam ducere, eamve cujus pater (1) materve artem ludicram fecerit: item libertinus Senatoris filiam ducere. *d. l.* 44. § 1.

LXIV. *Ait Lex :* CUJUS PATER MATERVE ARTEM LUDICRAM FECERIT:

Nec distinguitur, pater in potestate habeat filiam, necne. Tamen justum patrem intelligendum Octavenus ait; matrem, etiamsi vulgo conceperit. *d. l.* 44. § 3.

Item nihil refert, naturalis sit pater an adoptivus. *d. l.* 44. § 4.

An et is noceat qui, antequam adoptaret, artem ludicram fecerit; atque si naturalis pater, antequam filia nasceretur, fecerit? Et si hujus notæ homo adoptaverit, deinde emancipaverit; an non possit duci, ac si talis pater naturalis decessisset? Sed de hoc casu contrariam Legis sententiam esse Pomponius recte putat; ut eis non connumeretur. *d. l.* 44. § 5.

Quod si postea ingenuæ uxoris pater materve artem ludicram facere cœperit: iniquissimum est dimittere eam debere; cum Nuptiæ honestæ contractæ sint, et fortasse jam liberi procreati sint. *d. l.* 44. § 6.

Plane si ipsa artem ludicram facere cœperit, utique dimittenda erit. *d. l.* 44. § 7.

Nuptiæ quidem interdicuntur Senatoribus cum ea cujus pater aut mater artem ludicram fecerit. At Non obest, avum et aviam artem ludicram fecisse. *d. l.* 44. § 2.

§ 4. *An Nuptiæ inter dispares conditione aut dignitate personas, omnino irritæ sint; et quando justæ esse possint.*

LXV. *Vidimus quas Nuptias Lex Julia et Papia ingenuis; item Senatoribus, propter rationem dignitatis, interdicat. Cæterum hæc Lex, pœnas adversus delinquentes statuere contenta, eas Nuptias non faciebat irritas. Verum Senatusconsultum, sub D. D. Marco et Commodo factum, has prorsus irritas pronunciavit.*

Etenim Oratione D. Marci cavetur ut, si Senatoris filia libertino nupsisset, nec Nuptiæ essent: quam et Senatusconsultum secutum est. *l.* 16. PAUL. LIB. 35. AD EDICT.

Item Si Senatoris filia, neptis, proneptis, libertino vel qui artem ludicram exercuit, cujusque pater materve id fecerit, nupserit; Nuptiæ non erunt. *l.* 42. § 1. MODESTIN. LIB. SINGUL. DE RIT. NUPT.

Sed et de his Nuptiis quas adhuc Plebeius quis eum liberta contraxisset, dubitatum est an rescinderentur si Senatoriam postea dignitatem adipisce-

(1) Cuivis ingenuo interdicitur ne ducat uxorem quæ ipsa artem ludicram fecit. Peculiare autem est Senatoribus, ut non solum eam quæ ipsa artem ludicram fecit, sed et eam cujus pater materve hanc artem fecit, prohibeatur ducere.

vetur. Justinianus autem statuit eas non dissolvi. *l.* 28. *Cod.* de Nuptiis.

LXVI. *At vero connubium quod per has Leges libertinæ conditionis personæ cum Senatoriis non habebant, adipiscebantur impetrato a Principe jure aureorum annulorum; aut restitutione natalium: de quibus suis Titulis agetur infra lib.* 40.

Sed et Si Senatori indulgentia Principis fuerit permissum libertinam justam uxorem habere, potest justa uxor esse. *l.* 31. Ulp. lib. 6. ad L. Jul. et Pap.

Cæterum connubium cum Senatoriis personis libertus aut liberta ex eo solo non adipiscitur, quod per adoptionem in ingenui familiam transierit. Et Sciendum est, libertinum qui se ingenuo dedit adrogandum, quamvis in ejus familia ingenui jura sit consecutus, ut libertinum tamen a Senatoriis Nuptiis repellendum esse. *l.* 32. Marcell. lib. 1. ad L. Jul. et Pap.

LXVII. *Observandum etiam est Senatoriam personam, amissa sua dignitate, cum libertinæ conditionis personis connubium adipisci.*

V. G. Senatoris filia, quæ corpore quæstum vel artem ludicram fecerit, aut judicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit. Nec enim honos ei servatur, quæ se in tantum fœdus (1) deduxit. *l.* 47. Paul. lib. 2. ad L. Jul. et Pap.

Quinimo Si quis in Senatorio ordine agens, libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea conditione est ut, si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat. *l.* 27. Ulp. lib. 3. ad L. Jul. et Pap.

Cum autem pœna patris qui senatu movetur, in liberos ejus non redundet; hinc indubitanter ita respondit Papinianus: Filiam Senatoris, Nuptias libertini secutam, patris casus non faciat uxorem. Nam quæsita dignitas liberis, propter crimen patris auferenda non est. *l.* 34. § 3. lib. 4. respons.

§ 5. *Jus novum.*

LXVIII. 1. *Legis circa Nuptias Senatorum quas hactenus exposuimus, confirmavit et ampliavit Constantinus* (2).

Etenim sub pœna infamiæ (quam priores Leges non statuerant) Senatoribus interdicit ducere uxores, non solum libertas, scenicas, scenicarumve filias, sed quasvis humiles abjectasve personas: puta, libertæ filias, lenonis aut arenarii filias, tabernarias (3), *tabernariæ filias, eamve* quæ mercimoniis (4) publice præfuit. *Nec solum Senatores his Nuptiis abstinere voluit, sed et viros* Perfectos (5); *Item eos* Quos in civitatibus Duumviralitas (6) vel Sacerdotii, id est, Phœniciarchiæ vel Syriarchiæ ornamenta condecorant (7). *l.* 1. *Cod. de Natural. lib.*

Circa Senatorum autem liberos nihil cavet dicta lex; forte quia sensim jam ita viluerat dignitas ex Senatoribus genitorum, ut eorum habenda non videretur ratio: vel potest dici eos Perfectorum *nomine contineri.*

Hanc Constantini Constitutionem confirmant et explicant Valentinianus et Martianus qui sic edicunt: Humilem vel abjectam feminam minime eam judicamus intelligi quæ, licet pauper, ab ingenuis tamen parentibus nata sit. Unde licere statuimus Senatoribus et quibuscumque amplissimis dignitatibus præditis, ex ingenuis parentibus natas, quamvis pauperes, in matrimonium sibi accipere; nullamque inter ingenuas et opulentiores ex divitiis et opulentiore fortuna esse distantiam.

Humiles vero abjectasque personas, eas tantummodo mulieres esse censemus, ancillam, ancillæ filiam; libertam, libertæ filiam; scenicam, scenicæ filiam; tabernariam, tabernarii vel lenonis aut arenarii filiam; aut eam quæ mercimoniis publice præfuit. Ideoque hujusmodi inhibuisse Nuptias Senatoribus, harum feminarum quas modo enumeravimus, æquum est. *l.* 7. *Cod. de Incest. Nupt.*

LXIX. II. *Hoc jus usque ad tempora Justini obtinuit. Justinus autem in l.* 23. *Cod.* de Nupt. *(quæ falso Justiniano* (8) *ascripta est) constituit ut scenicæ mulieres quæ institutum abjecissent, ex Rescripto Principis, aut etiam absque Rescripto, si qua dignitate polleant, desinant haberi pro turpibus personis, et possint viris, qualibet dignitate præditis, nubere.*

Item constituit ut scenicarum filiæ non haberentur, quæ post expurgationem prioris vitæ matris suæ, natæ fuerint. Sed et eas quæ antea natæ essent, jubet ex quo mater earum aut vitam emendaverit, aut

(1) In tantam fœditatem.

(2) Credibile est tunc vix in usu fuisse has Leges. Cum enim sub anterioribus Principibus multi e turba vilissimorum hominum viam sibi in Senatum stravissent, ut ex historiis liquet; qualia credamus fuisse eorum conjugia? Opus itaque fuit has Leges renovandi.

(3) *Tabernaria* est quæ tabernam exercet. Est autem Nonio-Marcello *Taberna*, præcipue vinaria; quo fæx civitatis, potandi causa, confluit. Igitur Tabernaria hic significat, *une Cabaretière, Tavernière.*

(4) Quæ a mercatoribus id mercatur quod statim revendat in taberna. Hoc genus hominum vile existimabant Romani; ut liquet ex Cicerone lib. 1. *de Offic.* cap. 42. Adde l. 6. Cod. *de Dignit.* Gallice diceremus *les Revendeurs et Revenderesses.*

(5) Vulgo in d. l. 1. legitur *Præfectos.* Recte autem censet Cujacius legendum *Perfectos.* Erat *Perfectissimatus*, honor proximus a Senatoria dignitate, Equestri dignitate superior.

(6) *Duumviri* erant summi municipiorum Magistratus.

(7) Isti sacerdotes magno in honore habiti apud Romanos.

(8) Procopius *Anecdot.* pag. 45, auctor est, Justinianum (cum Theodoram scenicam mulierem deperiret, nec posset eam ducere uxorem quamdiu vigerent Lex Papia et Constantini Constitutio) suasorem hujus legis fuisse Justino patri suo adoptivo. Hanc autem legem Justini esse, non Justiniani, colligere est ex eo quod scripta sit ad Demosthenem Præfectum Prætorio, quem sub Justino functum hoc munere liquet ex aliis Justini Constitutionibus.

mortua fuerit, posse ex Rescripto obtinere ut pro turpibus haberi desinant; et hominibus cujuscumque dignitatis nubere, dotalibus instrumentis confectis. d. l. 23. *Cod.* de Nuptiis.

Postea Justinianus l. 33. *Cod.* de Episcop. aud. *et l. fin. Cod.* de Nupt. *tam scenicis quæ hoc vitæ institutum abjecissent, quam filiabus earum, remisit necessitatem Rescripti.*

III. *Denique permittit omnibus, quibuslibet dignitatibus decorentur, quasvis mulieres ducere uxores, modo liberæ sint; etiam illas quas Constantini et Martiani Constitutionibus* ABJECTÆ *vocantur: dotalibus autem instrumentis confectis, si maximis dignitatibus decorentur qui eas ducunt; sin, et sine instrumentis.* Novell. CXVIII. cap. 6.

TERTIA PARS.

De incestis et illicitis Nuptiis, et de pœnis earum.

LXX. Si quis ex his quas moribus (1) prohibemur ducere, duxerit; incestum dicitur committere. *l.* 39. § 1. PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

Largiori sensu, quæcumque adversus Leges contractæ sunt Nuptiæ, dicuntur incestæ: et præcipua earum pœna est, ut dos fisco vindicetur.

Nam Incestæ Nuptiæ neque dotem habent: et ideo omne quod perceptum est, licet fructuum nomine, auferetur (2). *l.* 52. PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

Igitur Dote propter illicitum matrimonium caduca facta; exceptis impensis necessariis quæ dotem ipso Jure minuere solent, quod judicio De dote redditurus esset maritus, solvere debet (3). *l.* 61. PAPIN. LIB. 32. QUÆST.

Nec ideo minus dos caduca remanet, quamvis postea Nuptiæ legitimæ factæ sint. Ita enim rescribit Gordianus: Manifestum est, Nuptiis contra Mandata contractis, dotem quæ data illo tempore quum traducta est, fuerat, juxta sententiam D. Severi fieri caducam. Nec, si consensu postea cœpisse videatur matrimonium, in præteritum commisso vitio, potuit mederi. *l.* 8. (4). § 1. *Cod. de Nupt.*

LXXI. *Has pœnas confirmaverunt, et alias addiderunt Arcadius et Honorius: Scilicet ut qui vetitum conjugium contraxerunt, nihil sibi donare possint; nec testamento de bonis suis disponere, nisi erga liberos suos vel ascendentes; aut ex latere, fratrem, sororem, patruum et amitam; item nec alios præter has personas ab intestato heredes possint, quibus deficientibus, fiscus occupabit bona. l.* 6. *Cod.* de Incest. Nupt.

Ex Novella XII. cap. 1 *et* 2, *qui* Incestas et contrarias naturæ Nuptias *contrahunt, bonis suis privantur: et, siquidem liberos ex aliis legitimis Nuptiis procreato habeant, hæc bona iis addicuntur; ita tamen ut parentes ex his alere debeant: si liberos non habeant, addicuntur fisco.*

Præterea jus patriæ potestatis quam in liberos legitimos habebant, amittunt. Denique Cinguli privatione et exilio puniuntur; et si viles personæ fuerint, etiam corporis castigatione. Eademque pœna mulierem manet, quæ quum sciret Nuptias vetitas esse, eas contraxit.

LXXII. *Vidimus quæ sint pœnæ Nuptiarum illicitarum. Interest tamen an Jure Gentium, an Jure Civili duntaxat prohibeantur. Nam in his quæ Jure Civili duntaxat prohibentur, aliquid indulgetur errori; qui facile præsumitur in his qui palam eas Nuptias contraxerunt.*

Hinc Paulus: Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit (5). Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur, vel affinem (6) quam impeditur; si quidem palam fecerit, levius; si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. Cujus diversitatis illa ratio est, circa matrimonium quod ex latere non bene contrahitur: PALAM DELINQUENTES, ut errantes, majore pœna excusantur; CLAM COMMITTENTES, ut contumaces plectuntur. *l.* 68. PAUL. LIB. SINGUL. AD SCTUM TURPILLIAN.

Exemplum veniæ errori indultæ, circa Nuptias Jure Civili duntaxat prohibitas, luculentum habes in Rescripto sequenti.

Quod in libro secundo DE ADULTERIIS Papiniani. Marcianus notat.

D. Marcus et Lucius Imperatores Flaviæ Tertullæ per Mensorem libertum ita rescripserunt: « MOVEMUR et temporis diuturnitate quo ignara

(1) *Mores* Hic accipiuntur pro Jure Gentium.

(2) A fisco.

(3) Fisco.

(4) Hanc Constitutionem ex antiquissimo monumento erutam a D. Pithæo exhibet Cujacius Observ. I. 11. Deest in vulgatis Editionibus: in Editione autem Gothofredi subjecta est inter legem 8, et legem 9. Cod. h. tit. absque numero speciali.

(5) Supple: hic nullum errorem prætexere potest, ut ipsi aliquid ex pœna remittatur: neque enim fas est Jus naturæ ignorare.

(6) Si hæc verba sunt Pauli, intelligi debent de affinitate in linea recta. Temporibus enim Pauli, nondum ulla affinitas in linea transversa erat Nuptiis impedimento. Igitur Paulus impedimentum quod affinitas in linea recta Nuptiis affert, Juri Civili duntaxat, non Juri Gentium adversari putaret: hoc vix mihi persuadere possum. Quapropter crediderim hæc verba *vel affinem*, intelligenda esse de affinitate in linea transversa, et addita esse a Triboniano.

» Juris in matrimonio avunculi tui fuisti; et quod » ab avia tua colloca es; et numero liberorum ves» trorum. Idcircoque, cum ea omnia in unum con» currant, confirmamus statum liberorum vestro» rum in eo matrimonio quæsitorum quod ante » annos quadraginta contractum est; perinde at» que si legitime concepti fuissent ». *l.* 57. § 1. MARCIAN. LIB. 2. INSTIT.

Obiter observa, Imperatores confirmare statum liberorum ex tali conjunctione susceptorum, non ipsam conjunctionem; quæ nec ex Rescripto Principis rata esse potest. l. 2. *Cod.* Si Nupt. ex Rescript. pet.

LXXIII. *Subvenit etiam D. Pius ei qui deceptus contraxit Nuptias cum ea cum qua non licebat.*

Enimvero A D. Pio rescriptum est : Si libertina Senatorem deceperit quasi ingenua, et ei nupta est; ad exemplum Prætoris Edicti dandam in eam actionem (1); quia ex dote nullum lucrum habet quæ nulla est. *l.* 58. MARCIAN. LIB. 4. REGUL.

LXXIV. *His quæ diximus consonat quod rescribunt Valentinianus, Theodosius et Arcadius.* Qui contra Legum præcepta vel contra Mandata Constitutionesque Principum, Nuptias forte contraxerit; nihil ex eodem matrimonio, sive ante Nuptias donatum, sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur. Idque totum quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignæve sublatum fisco vindicari sancimus : exceptis tam feminis quam viris qui aut errore acerrimo non affectato insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi; quos tamen ita demum Legis nostræ laqueis eximi placuit, si aut errore comperto, aut ubi ad legitimos perveneriut annos, conjunctionem hujusmodi sine ulla procrastinatione diremerint. *l.* 4. *Cod. de Incest. Nupt.*

(1) Glossa interpretatur actionem *De dolo.* Finge pactum intervenisse, ut Senator certam dotis promissæ partem lucraretur : in hoc deceptus est quod, cum nullæ inter ipsum et libertinam Nuptiæ esse possint, nulla ex pacto dotis ipsi possit esse actio.

APPENDIX

De Ritibus in celebratione Nuptiarum olim apud Romanos adhiberi solitis.

Ex lib. Barn. Brissonii de Ritu Nuptiar. *excerpta.*

Hæc apud veteres Romanos in celebrandis Nuptiis potissimum observabantur.

I. *Et primo non quævis dies Nuptiis celebrandis apta credebatur. Diebus feriatis abstinebant Veteres a Nuptiis, maxime virginum : quia his diebus vim inferri piaculum erat; per Nuptias autem vis quædam videbatur inferri virginibus. Observabant etiam ne eo die celebrarentur Nuptiæ, cui postridianus esset aliquis ex illis diebus qui decreto Pontificum* Atri *judicati essent* (1); *quales erant omnes posteri dies Nonarum, Iduum, et Kalendarum. Macrob. lib.* 1. Saturn. *cap.* 15. *Festus in voce NONARUM.*

Parentalium quoque tempus, quæ mense Februario fiebant, non credebatur aptum Nuptiis celebrandis; propter infaustos et ominosos ejusmodi dies, quasi omnes atri essent (2).

Infaustus etiam Nuptiis celebrandis mensis Maius (3) *ita putabatur, ut illud in proverbium versum esset :*

Mense malas Maio nubere vulgus ait.
Ovid. Fastor. lib. 2.

Contra tempus quod Idus Junias sequitur, felicissimum habebatur et conjugio aptissimum (4).

(1) Cum enim primus Nuptiarum dies verecundiæ daretur, postero tantum die nova nupta rem divinam in domo mariti facere incipiebat, ut infra videb. N. 8. Nefas autem erat die Atro sacra celebrari.

(2) Hinc ita Ovidius de mense Februario :

Postea præteriti tumulis redduntur honores,
Prodigiisque venit funeribusque modus.
Dum tamen hæc fient, viduæ cessate puellæ;
Expectet puros spinea tæda dies.
Conde tuas, Hymenæe, faces; et ab ignibus atris
Aufer : habent alias mœsta sepulcra faces.
Fastor. lib. 2.

(3) Plutarchus *Quæst. Rom.* 86. varias hujusce rei rationes refert.

(4) Unde Ovidius diuturnam filiæ salutem precatus, ita concludit :

Hanc ego quam vellem, genero dare, tempora tædis
Apta requirebam, quæque cavenda forent :
Tunc mihi post sacras monstratur Junius Idus,
Utilis et nuptis, utilis esse viris.
Fastor. lib. 6.

II. *Ea ergo die qua sponsa in domum viri deducenda erat, captis auspiciis* (1), *senis crinibus* (2) *ornabatur; comebaturque hastæ* (3) *cuspide quæ in corpore gladiatoris occisi defixa fuisset. Recta* (4) *tunica induebatur : cingulo ex lana ovis facto cingebatur* (5). *Corona cingebantur tempora* (6) : *caput velo lutei* (7) *coloris quod* FLAMMEUM (8) *vocabant, obnubebatur* (9).

III. *Sponsa hoc modo ornata, corollam de floribus, verbenis, herbisque a se lectis, sub amiculo ferens* (Festus in voce *COROLLA*), *gestansque colum comptam cum fuso et stamine* (*Plin. lib.* 8. *cap.* 48. *Plutarch.* Quæst. Rom. 31.) *vespere* (10) *in domum viri deducebatur a prætextatis pueris; quorum unus tædam spineam præferebat, duo manu eam tenebant* (11). *Præterea utensilia muliebria et quæ in usu ac ministerio ejus erant, per puerum impuberem gestari consueverant in vase operto. Puer,* CAMILLUS; *Vas* CUMERUM (12) *aut* CUMERA *proprie dicebatur, aut etiam* CAMILLUM *a puero ingenuo qui illud gestabat* (13).

IV. *Ubi sponsa ante fores ædium sponsi quæ frondibus ornatæ* (14) *erant, advenerat; interrogabatur quænam vocaretur. Illa autem se Caiam dicebat* (15) : *et solennis erat hæc formula:* UBI TU CAIUS, EGO CAIA (16). *Tunc postes ornabat vittis*

(1) Servius ad hunc Virgilii locum, Æneid. 1.

Cui pater intactam dederat, primisque jugarat
Ominibus.... id est, auguriis; ait :

Secundum Romanos locutus est, qui nihil nisi captatis faciebant auguriis, præcipue Nuptias. Adde Valer. Max. lib. 2. cap. 1.

(2) « SENIS CRINIBUS nubentes ornantur, quod is ornatus » vetustissimus fuit : quidam, quod eo Vestales virgines » ornentur, quarum castitatem viris suis sponsæ spondeant » a cæteris ». Festus in voce, SENIS. Erant autem seni crines, sex setæ crinium vitta et crinibus ipsis implexæ, quas vulgus *Trecias* vocant. Scaliger ad d. locum.

(3) Hæc hasta *Cælibaris* vocatur a Festo; qui ita hujus ritus rationes refert : « Ut quemadmodum hasta conjuncta » fuerit cum corpore gladiatoris, sic illa cum viro sit : vel » quia matronæ, Junonis Curitis in tutela sint; quæ ita ap- » pellabatur a ferenda hasta, quæ lingua Sabinorum, Curis » dicitur : vel quod fortes viros genituras ominetur : vel » quod Nuptiali jure, imperio viri subjicitur nubens; quia » hasta summa armorum et Imperii est, quam ob causam » viri fortes ea donantur, et captivi sub eadem veneunt ». Festus in verb. COELIBARIS. Adde Plutarch. *Quæst. Rom.* 87. Ad hunc morem respiciens Ovidius loco supra citato, dum monet abstinendum a Nuptiis quum fiunt Parentalia; ait :

Nec tibi, quæ cupidæ matura videbere matri,
Comat virgineas hasta recurva comas.
Fastor. lib. 2.

(4) Plinius lib. 8. cap. 48. refert Caiam-Cæciliam (quæ et Tanaquil dicitur a Livio) Tarquinii Prisci uxorem, primam texuisse rectam tunicam; qua simul cum toga pura induebantur tyrones novæque nuptæ. Is ritus et nonnulli alii (V. G. colus compta cum fuso et stamine infra N. 3.) in memoriam felicis conjugii primæ illius textricis, boni ominis causa observabantur.

(5) *Ut sicut lana in glomos sublata conjuncta inter se sit, sic vir suus secum cinctus vinctusque esset.* Festus in voce CINGULO.

(6) Tertullian. lib. *de Corona militis.* Catullus in Carmine de Nuptiis Juliæ et Manlii :

Cinge tempora floribus
Suaveolentis Amaraci.

(7) Id est, flavi coloris.

(8) « *Flammeo* amicitur nubens, ominis boni causa; » quod eo assidue utebatur flaminis Dialis uxor cui non » licebat facere divortium » : Festus in voce FLAMMEO. Vel simplicius, ne a quoquam prius quam a marito videretur : Plutarch. lib. 4. cap. 2. De hoc nuptarum velo meminit Lucanus;

Non timidum Nuptæ leviter tectura pudorem
Lutea demissos velarunt flammea vultus.
De Bell. Pharsal. lib. 2.

Hoc velum fuisse lutei, id est, flavi coloris non solum ex hoc loco liquet; sed etiam ex Plinio qui lib. 21. cap. 8. ait : *Lutei video honorem antiquissimum in Nuptialibus flammeis.*

(9) Inde NUPTIÆ dictæ, quia flammeo caput nubentis obvolvatur; quod antiqui OBNUBERE vocarunt. Festus in verbo, NUPTIAS.

(10) Demum postquam contenebrasset, sponsas in domum sponsi duci solitas, ex Varrone refert Servius. Hinc Catull. in Epithal.

Vesper adest; Juvenes consurgite....
Jam veniet virgo : jam dicetur hymenæus.

(11) Festus in voce PATRIMI; qui etiam ibi refert ex spina alba has tædas confici solitas. Unde Catullus, de Nupt. Jul. et Manl.... *Spineam quate tædam.* Existimabant quippe veteres vim spinæ albæ inesse ad maleficia depellenda.

Jam vero quod spectat morem quem diximus, ut prætextati sponsam manu ducerent, Catullus ad hunc morem alludens supra d. loco.

Mitte Brachiolum teres,
Prætextate, puellulæ.

(12) CUMERUM, inquit Festus *vas Nuptiale a similitudine cumerarum, quæ fiunt palneæ vel sparteæ ad usum popularem.* In voce CUMERUM.

(13) Nam CAMILLUS *proprie appellatur puer ingenuus* : Festus in verbo CAMILLOS.

(14) Hinc Catullus de Nupt. Pelei.

Vestibulum ut molli velatum fronde vireret.

Hinc et Juvenalis de muliere statim post Nuptias divertente ait :

Ornatas paulo ante fores pendentia linquit
Vela domus, et adhuc virides in limine ramos.
Satyr. VI.

(15) Refert Probus in Epitom. Val. Max. lib. 10. « Caiam- » Cæciliam Tarquinii Prisci uxorem, fuisse optimam lani- » ficam; et ideo institutum ut novæ Nuptæ quum ante » januam mariti interrogarentur quænam vocarentur, Caiam » se esse dicerent ». Ait etiam Festus in voce, CAIA, tantæ probitatis eam fuisse, ut id nomen boni ominis causa frequentent nubentes.

(16) Hujus formulæ sensus videtur : UBI TU DOMINUS ET PATERFAMILIAS, EGO DOMINA ET MATERFAMILIAS. Plutarch. *Quæst. Rom.* 30.

laneis; et oleo atque adipe lupino aut suillo inungebat (1).

V. *Peracta unctione, sponsa ingrediebatur domum. Valde autem cavendum erat ingrediens limen calcaret* (2). *Hinc aut illud transiliebat* (3), *aut a comitibus sublata transportabatur* (4). *Interdum non per januam, sed per ruptam maceriam* (5) *ingrediebatur. Ingressæ puellæ claves* (6) *tradebantur: in pelle lanata statuebatur; et a sponso in conjugem aqua et igne accipiebatur. Sponsus enim sponsæ occurrens, in aquali afferebat aquam quæ e puro fonte per puerum felicissimum aut puellam petita fuerat; et ex foco ignem in titione, ex felici arbore. Hac aqua aspergebatur sponsa, ut in conjugem acciperetur* (7). *Ardebant quinque* (8) *tædæ jugales.*

VI. *Novus maritus novæ conjugi comitibusque ejus cœnam dabat. In hac autem cœna quæ* EPULÆ GENIALES *vocantur, aliquando majores quam in alia convivia impensæ Legibus sumptuariis* (9) *permittebantur.*

Inter epulas THALASSIO (10) *inclamabatur; ut apud Græcos* HYMEN: *interveniebat tibia* (11). *Spargebantur pueris nuces* (12): *illi depositis prætextis* (13) *obscœna nubentibus conclamabant; versusque lascivia diffluentes concinebant, qui* Fescennini (14) *vocantur.*

VII. *Interea in cubiculo mariti lectus genialis* (15) (*id est Nuptialis*) *componebatur; advocabaturque mariti genius* (16). *Nova nupta in cubiculum mariti deducebatur, præeunte tæda quam rapere solebant amici utriusque* (17) *conjugis. Inferebantur simul in*

(1) Inde Uxores dictæ, velut nnzores. Hæc autem unctio fiebat ne quid mali medicamenti inferretur. Plin. lib. 28. cap. 9. Servius ad lib. 4, Æneid. Hinc Lucanus Nuptiarum festivitatem describens lib. 2, de Bello Pharsal.

Insulaque in geminos discurrit candida postes.

(2) Varro apud Servium ad Eclog. Virgil. 8. bene rationem affert: Ne sponsa a sacrilegio inchoaret, si depositura virginitatem calcaret rem Vestæ numini castissimo consecratam. Adde Plutarch. *Quæst. Rom.* 1.

(3) Hinc Catullus:

Transfer omine cum bono
Limen aureolos pedes.

(4) Plutarchus *Quæst. Rom.* 29. ait hoc fieri vel in memoriam raptus Sabinarum; vel ne sponsa videatur volens eo ingredi, ubi depositura sit virginitatem.

(5) Hujus ritus mentio apud Terent. in Adelp. Act. V. Sc. 7.

Atque hanc in horto maceriam jube dirui
Quantum potest, hac transfer, etc.

(6) Festus in voce CLAVIM ait, Clavim donatam sponsæ ad significandam partus facilitatem. Probabilius videtur ideo ei dari claves, ut significetur, curam rei domesticæ ei committi.

(7) Nonnius-Marcellus hæc ex Varrone refert in verbo TITIONEM et in verbo FELIX. Vid. Plutarch. *Quæst. Rom.* 1. Festus in verbo AQUA, et in verbo FACEM, hanc hujus ritus rationem affert: quod hæ duæ res, aqua et ignis, humanam vitam maxime continent; cujus communionem ineunt novi conjuges. Hinc Ovidius de acqua et igne:

An quod in his vitæ causa est.....
His nova fit conjux?.... Fastor. lib. 4.

Aliam rationem affert Lactantius lib. 2. instit. div. cap. 10.

(8) Plutarchus. *Quæst. Rom.* 2, varias hujus tædarum numeri rationes refert: inter quas illa est, quod quinque potissimum Dii a nubentibus invocabantur; Jupiter, Juno, Venus, Suadela, et Diana seu Lucina.

(9) Licinia scilicet et Julia quibus effervescens Romanorum luxuriæ æstus coercebatur. Lex Licinia quum certis diebus centenos æris in cœnam impendi permitteret, Nuptiis ducentos indulserat. Lex Julia sub Augusto lata Profestis diebus cœnarum sumptum ducentis finit; festivis trecentos permittit; Nuptiis (et Repotiis de quibus infra N. 8.) H. S. Millies. Gell. II. 24.

(10) Livius refert, quam sub Romulo in raptu Sabinarum, una longe ante alias pulchritudine insignis, a globo Thalassii cujusdam raperetur; sciscitantibus, cuinam eam ferrent, ne quis violaret, THALASSIO ferri clamitatum. Inde Nuptialem vocem hanc factam. Ita Livius lib. 1. Varro autem ait THALASSIONEM in Nuptiis signum esse lanificii, cui valde studebant priscæ matronæ: Thalassio enim est calathus seu vas lanificii aptum. Festus in voce THALASSIO. Plutarch. Quæst. Rom. 31.

(11) Hinc apud Terent. in Adelp. Act. V. Scen. 7. Demeæ interroganti

Cur non domum uxorem accersis?

Respondet *Æschinus*:

Cupio: verum hoc mihi mora est,
Tibicina, et Hymenæum qui cantent.

(12) *Sparge marite nuces.....* Virg. Eclog. IX.

Hujus moris Varro apud Servium rationem affert, ut Jovis omine matrimonium celebraretur. Nam nuces in tutela erant Jovis; unde *Juglandes* vocatæ, quasi glandes seu fructus Jovis. Idem Varro tradit ideo sparsas nuces, ut dum a rapientibus fieret strepitus, vox puellæ virginitatem deponentis non audiretur. Alias rationes refert Plinius lib. 15. cap. 22.

(13) Ideo autem deponebant prætextas, quia *Prætextatis nefas erat obscœno verbo* uti: Festus in voce PRÆTEXTATIS.

(14) Ita dicti vel quod « ex Urbe Fescenina dicuntur » allati; sive ideo quia fascinum putabantur arcere ». Festus in voce FESCENINI. De his Catullus: in Epithel. Jul. et Manl.

Nec diu taceat procax
Fescennina locutio.

(15) Ita dictus quasi *genitalis*; a generandis liberis. Servius in Æneid. VI.

(16) Hunc morem refert Arnobius lib. 5. *Adv. gentes.* Inde apud Juvenalem:

.....*Sacri genium lecti.* Satyr. VI.

(17) *Ne aut uxor eam sub lecto viri ea nocte ponat, aut vir in sepulcro comburendam curet: quo utroque, mors propinqua alterutrius captari putatur.* Festus in voce RAPI. Servius aliam rationem affert; scilicet Rapi illas faces tanquam vitæ præsidia: namque his qui sunt potiti, diutius feruntur vixisse. Scaliger in Notis ad Fest.

cubiculum mariti plurimorum simulacra Deorum, ut illorum ope feliciter nova nupta viro posset conjungi. Erat etiam in eodem mariti cubiculo præter lectum genialem, quoddam stratum pendulum et erectum Priapo dicatum; in quod ascendebatur gradibus ebore ornatis: ibi nova nupta paulisper sedebat, ut illius pudicitiam Deus prior delibasse videretur (1). *Tum illam in lecto geniali collocabant Pronubæ: erant autem illæ, probatæ pudicitiæ mulieres, et quæ uni duntaxat viro nupsissent* (2). *Denique maritus cingulum virgineum solvebat* (3).

VIII. *Postridie Nuptiarum instaurabatur convivium, et illa dies* Repotia (4) *dicebatur: illa die nova nupta in domo viri in libertatem auspicans uxoriam, dominium incipiebat adipisci et rem divinam faciebat* (*Macrob. lib.* 1. Saturn. *cap.* 15.) *atque ab amicis et cognatis accipiebat munera* (5).

IX. *Pertinent etiam ad Ritus Nuptiarum, peculiares Confarreationis et Coemptionis ritus: de quibus egimus supra lib.* 1. *Tit.* De his qui sui vel alien. jur. *N.* 9. *In illis autem Nuptiis quæ non per Confarreationem et Coemptionem fiebant, is ritus adhibebatur ut adolescentes strictis mucronibus domum sponsæ ingrederentur; illamque vi simulata e gremio matris, aut, si non esset mater, ex sinu feminæ proximiori necessitudine conjunctæ raperent. Cujus ritus rationem ex raptu Sabinarum ductam innuit Festus:* Quod videlicet ea res feliciter Romulo cessit. *Festus in verb. RAPI* (6).

(1) Augustinus *De Civit. Dei* lib. 6. cap. IX, et lib. 7. cap. XXIV.

(2) Ut matrimonii perpetuitatem auspicarentur: Festus in voce PRONUBÆ.

(3) Cingulum laneum de quo supra N. 2. « Novæ nuptæ » cingulum Herculeaneo nodo vinctum vir in lecto solvit; » ominis gratia; ut sic ipse felix sit in suspiciendis liberis, » ut fuit Hercules qui 70 liberos reliquit. Festus in voce, » CINGULUM ».

(4) *Ita dicta quasi reficiatur potatio.* Festus in voce REPOTIA.

(5) De quibus in l. 1. § 5. ff. *de Tut. et rat. distrah.* l. 13. ff. *de Admin. tut.* et alibi passim.

(6) Hujus ritus mentio apud Apuleium lib. 4. *de Asino aureo.*

TITULUS III.

DE JURE DOTIUM.

Præmissis *quæ sponsalia et ritum nuptiarum spectant, jam incipiunt Pandectarum ordinatores exponere ea quæ pertinent ad contractum Dotis.*

Definiri autem potest, contractus quo mulier aliusve pro ea viro ad sustinenda matrimonii onera aliquid dat aut promittit; quod vir soluto matrimonio his casibus qui Lege aut conventione præscripti sunt, restituere obligatur.

Dos accipitur non solum pro contractu Dotis, sed pro eo quod ex hoc contractu viro datum aut promissum est.

Ad hanc materiam explanandam videndum est 1.° *Quotuplex sit Dos;* 2.° *De constitutione Dotis;* 3.° *De jure quod ex constituta Dote viro quæritur. Hæc tribus Sectionibus expediemus.*

Dispiciendum est etiam de pactis quæ circa Dotem intervenire solent, necnon de restitutione Dotis quæ soluto matrimonio fieri solet: sed hæc proprios habebunt infra Titulos.

Quartam hic Sectionem subjungemus de bonis extra Dotem, seu Paraphernis.

SECTIO I.

Quotuplex sit Dos.

I. *Dos alia est Profectitia, alia est Adventitia.*

Profectitia Dos est, quæ a patre vel parente profecta est, de bonis vel facto ejus. *l.* 5. Ulpian. lib. 31. ad Sabin.

Parentem hic accipe, per virilem sexum ascendentem. Nec tantum naturalem: nam Julianus libro 19 Digestorum, adoptivum quoque patrem, si ipse Dotem dedit, habere ejus repetitionem ait. *d. l.* 5. § 13.

Item non de eo solum parente loquimur, qui filiam in potestate habet: nam et Si pater pro filia emancipata Dotem dederit; Profectitiam nihilominus Dotem esse nemini dubium est: quia non jus potestatis, sed parentis nomen, Dotem Profectitiam facit. *d. l.* 5. § 11.

II. *Ait Ulpianus:* De bonis.

Videntur autem in bonis patris, etiam res alienæ quas bona fide emit. Hinc Si pater alienum fundum bona fide emptum in Dotem dedit, ab ipso profectus intelligitur. *l.* 6. § 1. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

Quod si Pater filiæ nomine, nummos alienos quos mutuos acceperat aut in causam crediti receperat, in Dotem dedit : consumptis (1) his, Dos Profectitia efficitur. *l.* 81. PAPINIAN. LIB. 8. QUÆST.

III. *Addit Ulpianus* : VEL FACTO EJUS.

Sive igitur parens dedit Dotem, sive procurator ejus, sive jussit alium dare; sive, quum quis dedisset negotium ejus gerens, parens ratum habuerit; Profectitia Dos est. *d. l.* 5. § 1. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Sed si pater Dotem promisit, et fidejussorem vel reum pro se dedit; ego puto Profectitiam esse dotem. Sufficit enim quod pater sit obligatus, sive reo fidejussori (2). *d. l.* 5. § 7.

Sed et Si filiusfamilias mutuatus, creditorem delegavit ut daret pro filia dotem, vel etiam ipse accepit et dedit; videri Dotem ab avo profectam, Neratius ait : hactenus, quatenus avus esset dotaturus neptem suam. Id enim in rem avi videri versum (3). *d. l.* 5. § 8.

Quinetiam Quod si quis patri donaturus dedit; Marcellus libro 6 Digestorum scripsit, Hanc quoque a patre profectam esse (4) : et est verum. *l.* 5. § 2. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Maxime autem factum parentis intelligi debet, factum curatoris ejus.

Igitur : Sed et si curator furiosi vel prodigi, vel cujusvis alterius, Dotem dederit; similiter dicemus dotem Profectitiam esse. *d. l.* 5. § 3.

Sed et si proponas Prætorem vel Præsidem decrevisse, quantum ex bonis patris, vel ab hostibus capti aut a latronibus oppressi, filiæ in Dotem detur; hæc quoque Profectitia videtur. *d. l.* 5. § 4.

IV. *Quod si nec pater quidquam ex suis bonis dedit, aut se obligavit, nec alius ejus nomine; Dos Profectitia videri non potest.*

Unde Si pater repudiaverit hereditatem, Dotis constituendæ causa; forte quod maritus erat substitutus, aut qui potuit ab intestato hereditatem vindicare (5) : Dotem Profectitiam non esse, Julianus ait.

Sed et si legatum in hoc repudiaverit pater, ut apud generum heredem remaneat, Dotis constituendæ causa; Julianus probat, non esse profectum id de bonis; quia nihil erogavit de suo pater, sed non acquisivit. *d. l.* 5. § 5.

Imo et Si res quas filiæ emancipatæ pater donavit, ex voluntate ejus (6) postea in Dotem pro ea datæ sunt a filia Dotem, non a patre videri datam. *l.* 51. ULP. LIB. 2. RESPONS.

V. *Sed et si quid pater dederit, si non tanquam ex causa Dotis ab ipso aut ipsius nomine principaliter constitutæ; Dos non erit Profectitia.*

Hinc Si pater, non quasi pater, sed alio Dotem promittente, fidejussit, et quasi fidejussor solverit : Neratius ait, non esse Profectitiam Dotem; quamvis pater servare a reo id quod solvit, non possit. *sup. d. l.* 5. § 6.

Hinc etiam Si quis pro aliena filia Dotem promiserit, et promissori pater heres extiterit : Julianus distinguit, interesse ante nuptias pater heres extiterit et Dotem dederit, an postea. Si ante, videri Dotem ab eo profectam, potuit enim nuntium remittendo resolvere Dotem : quod si post nuptias, non esse Profectitiam (7). *d. l.* 5. § 14.

Contra in specie sequenti dicendum ; Si filiusfamilias Dotem promiserit, et sui juris factus dederit; Profectitiam esse Dotem. Non enim pro hereditate patris æs alienum solvit : sed suum æs alienum susceptum dum filiusfamilias esset, paterfamilias factus exoneravit (8). *d. l.* 5. § 10.

VI. *Denique Dos profectitia est, quæ a patre proficiscitur* : Sed ita demum si ut parens dederit. Cæterum si cum deberet filiæ, volontate ejus dedit; Adventitia Dos est. *d. l.* 5. § 11. ¶ *sed ita.*

Hinc etiam Si quis certam quantitatem patri donaverit, ita ut hanc pro filia daret; non esse Dotem Profectitiam Julianus libro 17 Digestorum scripsit : Obstrictus est enim ut det; aut, si non

(1) Cur demum *his consumptis*; cum supra dicatur Dos Profectitia esse fundo alieno in dotem dato? Disparitatis hanc rationem affert Cujacius, quod fundus bona fide emptus, erat in bonis patris : nam hunc habebat ex causa emptionis; quæ, quamvis sit rei alienæ, valet; item eo nomine si evinceretur, actio competit. Verum pecunia mutuo accepta quæ aliena est, ex nulla justa causa habetur; cum non consistat mutuum pecuniæ alienæ : quare in bonis ejus qui eam accepit, videri non potest; nec consequenter ab eo profecta, si hanc Doti dederit. Consumptis autem bona fide nummis cum reconcilietur mutuum, perinde est ac si non fuisset aliena pecunia; adeoque Dos debet Profectitia videri.

(2) Etsi enim ex bonis rei aut fidejussoris qui solvit, non ex meis, profecta sit; tamen ex facto meo proficiscitur : cum jusserim aut ratum habuerim quod meo nomine datum est, et ex hac causa sim obligatus ei qui dedit.

(3) Cum pecunia in Dotem data sit nomine avi, et avus eo nomine actione *De in rem verso* obligetur; satis est ut videatur ex facto ejus profecta.

(4) Nam fictione brevis manus pecunia intelligitur donata patri, qui ipse eam in Dotem dederit.

(5) Corruente per repudiationem testamento in quo maritus erat scriptus heres.

(6) Nudus consensus quem ex abundanti adhibet ut filia emancipata res suas in Dotem det, nihil potest operari.

(7) Hoc enim casu, cum hereditario tantum nomine obligaretur; magis videtur hereditario nomine dedisse Dotem, quam proprio nomine.

(8) Etsi enim pater ejus teneretur *De peculio*; et sic filius hereditario nomine, id est, patris teneatur : tamen, cum ipse hanc promisisset, proprio etiam nomine et principaliter tenetur. Unde, quum eam solvit, magis proprio nomine quam hereditario dare videtur.

dederit, Condictione (1) tenetur. Hoc et in matre Juris esse ait; si forte sub ea conditione uxor marito det, ut pro filia genero in Dotem daret; nec videri uxorem marito donasse. Rectissime ergo ait, ut non sit interdicta donatio Jure Civili (2): non enim ad hoc dedit, ut ipse habeat; sed ut genero pro filia expendat (3). Denique si non dederit, Condictione tenetur. Esse igitur Dotem istam Adventitiam, Julianus ait: et ita utimur. *d. l.* 5. § 9.

VII. *Vidimus quæ dos Profectitia necne.*

Adventitia *autem dos est, quæ Profectitia non est: qualis est quam mulier ipsa, aut extraneus constituit. Extraneum autem intelligimus, omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem. l. un. Cod.* de Rei uxor. act.

SECTIO II.

De constitutione Dotis.

Huc pertinent sequentes quæstiones: Quis dotem constituat: Quæ res in Dotem possint constitui; Quomodo Dos constituatur; quibus personis aliquid Dotis causa promitti aut dari possit; Quando Dos possit constitui.

ARTICULUS I.

Quis Dotem constituat.

Dotem aut mulier ipsa sibi constituit, aut pater ejus aut quivis alius.

VIII. *Et 1.° mulier ipsa Dotem sibi constituere potest.*

Cæterum Jure veteri cujuscumque ætatis esset, non aliter hoc poterat quam tutore auctore; ut liquet ex his quæ videb. infra in Append. ad libros 28 *et* 29.

Jure novo, ex Constitutione Zenonis, mulier in majori ætate constituta tutore aut curatore ad Dotem constituendam jam non indiget. Et Mulier in minori ætate constituta Dotem marito, consentiente generali vel speciali curatore, recte dare et exigere potest: licet ipse (4) tempore creationis, fidejussorem (5) in minorem quam Dos est quantitatem dicitur præstitisse. *l.* 28. *Cod. h. t.*

Obiter nota: Hoc idem observatur et si minor ante nuptias donationem (consentiente, ut dictum est, curatore) fecerit. *d. l.* 28. *Cod.*

IX. 2.° *Filiam in matrimonium collocare et pro ea Dotem constituere ad officium patris pertinet. Et quidem potest per Præsides cogi dotare; ut obiter vid. Tit præced. N.* 10.

Inde est quod Papinianus libro 10 Quæstionum ait, quum pater curator suæ filiæ juris sui effectæ, Dotem pro ea constituisset; Magis cum quasi patrem id, quam quasi curatorem, fecisse videri. *d. l.* 5. § 12.

Hoc confirmavit Justinianus: addiditque ut, si dixerit pater se tam ex suis quam ex filiæ bonis Dotare; si quidem pater idoneas ad dotandam filiam facultates haberet adhuc, ex suis bonis in solidum dotasse videretur; sin inops pater esset, ex bonis duntaxat filiæ dotasse intelligeretur. Idem obtinere voluit quum pater pro filio Donationem Ante nuptias *mulieri constituit.*

Maxime autem tenetur pater Dotem Profectitiam filiæ, quæ ad ipsum soluto filiæ matrimonio reversa est, filiæ iterum nubenti dare integram; etsi ex donatione Propter-nuptias *quam lucrata est, abunde dotari posset.*

Hoc tamen ita obtinet, nisi inopinatam cladem pater in bonis suis passus sit. Novell. XCVII. cap. fin.

X. 3.° *Quivis alius præter patrem, Dotem constituere potest; sed volens. Nam* Neque mater pro filia dotem dare cogitur (nisi ex magna et probabili causa (6) vel Lege specialiter expressa); neque pater de bonis uxoris suæ invitæ ullam dandi habet facultatem. *l.* 14. *Cod. h. t.* Diocl. et Maxim.

ARTICULUS II.

Quid in Dotem constitui possit.

XI. *In Dotem constitui potest quælibet res, sive tota, sive pro parte.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Ante divisionem soror tua intestato patri etiam ipsa succedens, pro indiviso portionem fundi communis in Dotem dare non prohibetur. *l.* 16. *Cod. h. t.*

XII. *Nec tantum corpora in Dotem constitui possunt, sed et res incorporales; puta nomen, vel quod ipse vir, vel quod quivis alius debeat.*

Hæc de re elegans species a Javoleno refertur.

Nuptura filiofamilias, si socero Dotem ita promiserit, quod filius tuus mihi debet, in Doti tibi erit: interesse puto, utrum filii obligatio, an patris persecutio (7) et in rem versum promissioni contineatur? Nam si id quod filium dare oportet, significatum est tota pecunia in quam filius obligatus est, promissioni Dotis continebitur. Sin autem id quod patrem de peculio, vel in rem verso

(1) *Ob rem dati, re non secuta.*

(2) Hæc donatio non est interdicta eo *Jure Civili* quo donationes inter virum et uxorem prohibentur.

(3) Adeoque non locupletatur ex hac donatione: atqui donationes ex quibus conjux non fit locupletior, non continentur prohibitione; ut videb. infra lib. 24. Tit. *de Donat. int. vir. et ux.* Part. 1. Sect. 2. art 2.

(4) Curator.

(5) *Rem adolescentis salvam fore.*

(6) Hæc verba a Triboniano esse interpolata, et ab eo ascripta ex l. 19. § 1. Cod. *de Hæret. et Manich.* recte observavit Hotomannus.

(7) Id est, quod poterat persequi adversus patrem.

præstare oportebit; æstimare debebit quantum sit eo tempore id quo (1) promittitur, ut ea summa Dotis esse videatur qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit. Quod si non evidenter apparuit de cujus mulier obligatione sensit; præsumptionem ad filii debitum spectare verisimile est, nisi evidentissime contrarium approbetur. *l.* 57. JAVOLEN. LIB. I. EX PLAUTIO.

In specie autem in qua ipsi patri nuberet creditrix filiifamilias, ita Julianus: Quæ debitorem filiumfamilias habet, si patri ejus ita Dotem promiserit; QUOD MIHI DEBES VEL QUOD MIHI FILIUS TUUS DEBET, DOTI TIBI ERUNT; non obligatur (2): sed efficit ut id quod actione de peculio servari a patre poterat, in Dote sit. Marcellus: Sive igitur cum filio, posthac sive cum patre agere instituerit, exceptione Pacti conventi summovebitur (3): actione autem De Dote si experietur, consequetur quod in peculio fuisse apparuerit eo tempore quo Dos promittebatur: utique si post nuptias promissa [si vero (4) ante nuptias], ejus temporis peculium debet æstimari, quo nuptiæ fierent (5). *l.* 44. § 1. JULIAN. LIB. 16. DIGEST.

Similiter Quod si nuptura debitori filiofamilias, actionem duntaxat De peculio promisit; id quod ex ea causa sibi deberetur nuptiarum tempore, inspicitur (6). *l.* 45. TRYPHONIN. LIB. 8. DISPUT.

Si vero alii nuptura jussit filiumfamilias debitorem, de peculio Dotem promittere; tempus inspicitur quo Dos promissa (7) est, ut tantum in peculio esse æstimaretur. *d. l.* 45. § 1.

XIII. *Possunt duæ vel plures res alternative in Dotem constitui; ut in specie sequenti.* Si debitori suo mulier nuptura ita Dotem promisisset; QUOD MIHI DEBES, AUT FUNDUS SEMPRONIANUS, DOTI TIBI ERIT: utrum mulier vellet, id in Dote erit. Et, si quidem debitum maluisset Dotis nomine apud virum remanere; potest ea exceptione se tueri adversus petentem fundum. Quod si fundum dedisset, pecuniam marito condicet. *l.* 46. § 1. JULIAN. LIB. 16. DIGEST.

XIV. *Non tantum res singulares in Dotem dari possunt. Quinetiam* Nulla Lege prohibitum est universa (8) bona in Dotem marito feminam dare. *l.* 4. *Cod. h. t.* ALEXANDER.

Quum autem Mulier bona sua omnia in Dotem dedit: quæro an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit, Eum quidem qui tota ex repromissione Dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus ejus conveniri non posse: sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto ære alieno. *l.* 72. PAUL. LIB. 8. RESPONS.

XV. *Quod diximus mulierem posse omnia bona sua in Dotem Dare, limitationem patitur in muliere minore viginti-quinque annis.*

Hinc Celsus: Quæro quantæ pecuniæ Dotem promittenti adultæ mulieri, curator consensum accommodare debeat? Respondit: Modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est, quousque ratio patitur. *l.* 60. LIB. 11. DIGEST.

Igitur Sive generalis curator (9), sive Dotis dandæ causa constitutus sit, et amplius Doti promissum est quam facultates mulieris valent, ipso Jure promissio non valet: quia Lege rata non habetur auctoritas dolo facta.

Quærendum tamen est utrum tota obligatio, an quod amplius promissum est quam promitti oportuit, infirmetur? Et utilius est dicere, id quod superfluum est tantummodo infirmari. *l.* 61. TERENTIUS-CLEMENS LIB. 3. AD L. JUL. ET PAP.

(1) Ita legendum Vulg. *quod.*

(2) *Non obligatur* ut quicquam præstet; sed tantum ut accepto ferat ei id quod actione *De peculio* ipsi præstare tenetur. Ipsum enim nomen non dixit Doti: frustra illud Doti dixisset, cum pater adversus filium suum nomen habere non possit.

(3) *Summovebitur* mulier si cum filio agat. Atqui tamen debitor ipsi manet filius? Solve; manet quidem ipso Jure; verum mulier ita dotem dicendo videtur pacta cum patre cui nuptura erat, ut non solum ab ipso, sed nec a filio usque ad quantitatem peculii exigeret. Interest enim patris, non minui peculium filii. Porro ex tali pacto exceptio filio datur: ut vid. supra lib. 2. Tit. *de pactis.* N. 21.

(4) Haloander hæc recte supplet.

(5) Nam Dos quæ promittitur, tunc demum Dos esse incipit quum nuptiæ fiunt; nec potest prius ex hac causa liberatio patri contingere ejus quod debet. Igitur hoc tempus inspiciendum est.

(6) Loquitur de casu quo Dos ante nuptias constituta est. Non inspicitur autem tempus quo constituta est, sed tempus nuptiarum; quia huic filiofamilias in Dotem constituta est liberatio. Minus recte et apposite dictum ad speciem legis: cui congruit magis dicere; quod socero, patri hujusce filiifamilias in dotem constituta est liberatio actionis *de peculio* qua socer ille tenebatur ob debitum filii sui. Non potest autem videri liberatus nisi ea summa quam debebat tunc quum Dos ei acquiri, et liberatio ei contingere potuit.

(7) Non, ut in superiori specie, tempus nuptiarum.

(8) Jam a doctoribus plerisque profligata est Cujacii sententia qui existimaverat, olim prohibitum fuisse ne mulier plus quam decies centena millia æris in Dotem daret. Deceptus scilicet fuerat Cujacius illo Juvenalis versu:

> .... *Et ritu* DECIES CENTENA *dabuntur*
> *Antiquo.*
>
> Satyr. X.

Ritum, enim *antiquum* Poëta refert, non ad quantitatem decies centenorum millium, sed ad modum quo constituta erat Dos: nihilque aliud significat quam Dotem fuisse constitutam *Ritu Antiquo;* id est, per solemnia dictionis verba. Colligi quidem potest hanc vulgo fuisse quantitatem Dotis feminarum illustrium, tam ex hoc textu quam ex multis aliorum Auctorum textibus; in quibus mentio fit hujus quantitatis in Dotem: datæ ut apud Martial. *Epigramm.* II. 65. et XI. 24. apud Senec. *Consol. ad Helv.* cap. 12. imo et apud ipsum Papinianum in l. 6. § 1. ff. *de Usur.* At nullibi probatur non licuisse hanc quantitatem excedere. Nec juvat Cujacii sententiam lex un. Cod. Theod. *de inoff. Dotib.* ut late ostendit Jacob. Gothofredus ad h. l.

(9) Tribonianus substituit *curator* pro *tutor,* ut passim alibi.

Iste autem curator res Dotis nomine tradere debet; non etiam ut vendat cuilibet, et pretium ejus in Dotem det. Dubitari autem potest an hoc verum sit? Quid enim si aliter honeste nubere non possit, quam ut pecuniam in Dotem det; idque ei magis expediat? Atquin possunt res in Dotem datæ plerumque alienari, et pecunia in Dotem converti. Sed ut expediatur quæstio; si quidem res in Dotem maritus accipere maluerit; nihil amplius quærendum est. Sin autem non aliter contrahere matrimonium vir patitur, nisi pecuniis in Dotem datis; tunc officium est curatoris apud eumdem intrare judicem qui eum constituit, ut iterum ei causa cognita etiam viro absente permittat rerum venditione celebrata Dotem constituere. *d. l.* 61. § 1.

Obiter observandum quod iste Curator pro Minore non tantum Dotem dare debet, sed etiam impendia quæ ad nuptias facienda (1) sunt. *l.* 52. *ff. de Admin. et peric. tutor.* Nerat. lib. 5. respons.

XVI. *Vidimus quid in Dotem constitui possit. Illud in Dotem frustra constituitur, quod omnino incertum foret.*

Hinc Alexander : Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa Dos tibi nec præstita sit: cum neque species ulla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento ascriptum, quod ea quæ nubebat Dotem dare promiserit. *l.* 1. *Cod. de Dotis promiss.*

Hoc ita, quum promissa est Dos simpliciter. Verum, ut rescribit Gordianus : Si, quum ea quæ tibi matrimonio copulata est nuberet, is cujus meministi Dotem tibi non addita quantitate, sed Quoducumque arbitratus fuisset pro ea daturum se rite promisit; et interpositæ stipulationis fidem non exhibet: competentibus actionibus usus, ad repromissi emolumentum Jure judiciorum pervenies. Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum (2) esse. *l.* 3. *Cod. d. tit.*

Quinetiam observatur in patre filiam dotante, ut etsi promiserit Dotem simpliciter, de Dote arbitrio boni viri statuenda sensisse videatur.

Hoc docet Papinianus. Ita ille : Gener a socero Dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate, stipulatus fuerat. Arbitrio quoque detracto (3) stipulationem valere placuit. Nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret: cum inter modum constituendæ Dotis, et corpus ignotum, differentia magna sit. Dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest. *l.* 69. § 4. Papin. lib. 4. respons.

ARTICULUS III.

Quomodo Dos constituatur.

XVII. *Triplici modo constituebatur Dos Jure veteri.*

Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Ulpian. fragm. *tit.* 6. § 1.

Constituitur etiam Dos per donationem mortis causa, et per acceptilationem; quanquam acceptilatio ad Dationem, donatio mortis causa vel ad dationem vel ad promissionem, prout mortis causa datum aut duntaxat promissum est, referantur. Est etiam tacita Dotis constitutio quæ redintegrato matrimonio intervenire intelligitur.

§ 1. *De Dotis Datione.*

XVIII. *Dos* Dari *intelligitur, si pecunia aliæve res ex hac causa tradantur. Neque solum si realis traditio* (4), *sed et si fictioni brevis manus intervenerit.*

An autem in specie sequenti intervenerit, quærit Celsus.

Si mulier ancillam Pamphilam a Titio stipulata, deinde ei nuptura, quod is sibi debebat Doti habere permisit; etiamsi non erit viri Pamphila (5), an ipsa tamen Pamphila in Dote et mulieris periculo erit; an et quod ea pepererit, reddi mulieri debebit? Quia si in sua causa prior stipulatio mansisset (6), non redderetur. Nisi forte refert, habuerit rem quam debebat vir quo tempore Dos constituebatur (nam ita poterit videri res ipsa ad eum (7) pervenisse) an non habuerit: nam si non habuerit, magis est ut liberatio obligationis potius quam res ipsa ad eum ita pervenisse videatur (8):

(1) In his scilicet, sicut et in Dotis modo, habita ratione tam facultatum mulieris quam dignitatis mariti.

(2) Non igitur quid prorsus incertum Doti promissum est, cum referatur ad id quod vir bonus arbitrari debeat pro facultatibus aut dignitate mariti.

(3) Id est, etiamsi non inserta esset hæc clausula : *Arbitratu soceri.*

(4) Interdum solenni ritu hæc traditio fiebat. Nimirum pridie nuptiarum, Dotalis pecunia apud Auspices obsignata deponebatur, in crastinum nuptiarum viro tradenda. Dotis apud Auspices consignatæ mentio apud Sueton. in Claud. Ad hunc ritum alludit Juvenalis, Satyr. X.

.... Tyriusque palam genialis in hortis
Sternitur; et ritu decies centena dabuntur
Antiquo : Veniet cum signatoribus Auspex.

(5) Poterat enim Titius alienam rem promittere.

(6) Id est, quia, si Titius ex causa stipulationis debitor Pamphilæ mansisset, partum non deberet. Nam in actione *Ex stipulatu* fructus et causa non veniunt: ut vid. supra lib. 22. Tit. *de Usur.* N. 13.

(7) Ex causa Dotis; fictione brevis manus scilicet. Fingitur enim mulieri eam solvisse, et mulierem ei ex causa Dotis retradidisse. Hoc autem casu et partus erit Dotalis; utpote ex re quæ Dotalis facta erat, editus.

(8) Hoc casu fictio quæ in superiori casu locum habebat, locum habere non potest. Nec enim potest fingi ex causa Dotis ad ipsum pervenisse res quam omnino non habuit.

ideoque partus ejus non debetur. *l.* 58. § 1. CELS. LIB. 19. DIGEST.

Huic distinctioni locus est quum vir speciem debebat. Quod si pecuniam debebat; indistincte fingitur eam solvisse, et retro Doti accepisse.

Hinc Tryphoninus ait, Si mulier debitori suo qui sub usuris debebat nuptura, Dotem promisisset quod is sibi deberet; post contractas nuptias secuti temporis usuras non esse Dotales: quia illa obligatio tota tolleretur, perinde ac si solutum debitum mulieri in Dotem ab ea datum esset. *l.* 77. LIB. 10. DISPUT.

XIX. *Etiam in specie sequenti Dos per fictionem brevis manus data videtur. Nimirum* Si ei nuptura mulier qui Stichum debebat, ita cum eo pacta est, PRO STICHO QUEM MIHI DEBES, DECEM TIBI DOTI ERUNT: secundum id quod placuit rem pro re solvi posse, et liberatio contingit, et decem in Dotem erunt (1); quia et permutatio Dotium conventione fieri potest. *l.* 25. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

§ 2. *De Dictione Dotis.*

XX. DICITUR *Dos quæ solemnibus verbis* (2) *absque interrogatione constituitur.*

Hæc DICTIO *a cæteris constituendæ Dotis modis in eo differebat quod non omnes Dotem dicere possent; sed demum* Dotem dicere potest mulier quæ nuptura est, et debitor mulieris si jussu ejus dicat institutus (3); parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. ULP. FRAGM. *tit.* 6. § 2.

Contra; Dare, promittere, dotem omnes possunt. *d.* § 2.

Unde Paulus: Promittendo Dotem omnes obligantur, cujuscumque sexus conditionisque sint. *l.* 41. LIB. 35. AD ED.

In aliis quoque differebat solennis Dictio Dotis, a Promissione: ut in decursu liquebit. Cæterum hæc solennis Dictio exolevit.

§ 3. *De promissione Dotis.*

XXI. *Jure Pandectarum Dos quæ non dicitur sed promittitur, non nisi per stipulationem utiliter promittitur.*

Cæterum si de usuris summæ in Dotem constitutæ stipulatio intervenisset, sortem quoque velut ipsam per consequentias in stipulatum deductam peti potuisse censet Baldus; et ita accipiendum putat quod Gordianus rescribit: Si pro Dote promissa usuras dare socer tuus spopondit; id quod deberi ostenderis, competens judex solvi tibi præcipiet. *l.* 2. *Cod. de Dotis promiss.* (4).

Ex constitutione autem Theod. et Valentiniani, recte Dos nudo pacto promittitur. Ita enim rescribunt: Ad exactionem Dotis quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus; sive scripta fuerint, sive non: etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum Dotalium minime fuerit subsecuta. *l.* 6. *Cod. d. tit.*

XXII. *Promitti Dos potest non solum pure, sed ex certo tempore aut ex certa conditione* (5).

In specie autem promissionis ex die factæ; puta Tali facta stipulatione, DECEM IN ANNO PROXIMO DOTIS NOMINE DARE SPONDES? quæsitum est; quando enim quo tempore esset numerandus? Utrum ex die stipulationis factæ; an ex eo die quo Dos esse potuisset; id est nuptiarum? Et responsum est, Ex die nuptiarum annum esse numerandum; ne, si aliter observaremus, si intra annum nuptiæ factæ non sint, videri possit Dos ex ea obligatione deberi (6). *l.* 48. JULIAN. LIB. 2. AD URSEIUM FEROCEM.

Item sub conditione Dos recte promittitur. Species conditionis est QUUM COMMODUM ERIT: *de cujus significatione ita Labeo.* Pater filiæ nomine centum Doti ita promisit, QUUM COMMODISSIMUM ESSET. Atteius scripsit, Servium respondisse, Quum primum sine turpitudine et infamia (7) dari possit, deberi. *l.* 79. § 1. LIB. 6. POSTER. A JAVOL. EPITOMATOR.

XXIII. *Non potest autem Dos constitui sub ea conditione quæ conferat stipulationem in id tempus quo dissolutum erit matrimonium.*

Hinc recte Julianum ita notat Paulus. Julianus scribit valere talem stipulationem, QUUM MORIERIS, DOTIS NOMINE TOT DARI? quia et pacisci soleant ne a viva exhibeatur (8). Quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem; aliud ab initio in id tempus stipulari quo matrimonium

(1) Fictione brevis manus intelligitur vir mulieri decem vice Stichi solvisse, et ea retro ex causa Dotis accepisse. Recte autem convenit ut vice Stichi debiti decem in Dote sint; cum, et si fuisset in Dotem constitutus Stichus, valeret hæc conventio: *quia, etc.*

(2) Formulam videre est apud Terent. in Andr. Act. 5. Scen. 4. ubi Chremes: *Dos, Pamphile, est talenta quindecim.* Pamph. ACCIPIO. Circa quod Donatus observat: *Ille nisi dixisset*, ACCIPIO, *Dos non esset.* Solennia verba fuisse Dictionis Dotis, liquet etiam ex l. 3. Cod. Theod. *de Incest. nupt.*

(3) Ad hanc rem constitutus.

(4) Vid. Bald. in summario ad h. l.

(5) Et in hoc differt promissio Dotis, a dictione Dotis, quæ cum sit actus legitimus diem et conditionem non recipit.

(6) *Si alter observaremus;* id est, si annum ex die stipulationis computaremus; fieri posset ut, hoc anno elapso antequam nuptiæ secutæ fuissent, Dos videretur deberi antequam essent nuptiæ: quod absurdum est, si quidem Dos sine nuptiis esse non potest.

(7) Scilicet quum ei supererit ex his quæ necessaria sibi sunt ut decore vivat pro sua conditione.

(8) Alii legunt, *ne a se viva exhibeatur:* quæ lectio valde placet.

futurum non (1) sit. Idque et Aristoni, et Neratio, et Pomponio placet. *l.* 20. Paul. lib. 7. ad Sabin.

§ 4. *De constitutione Dotis per acceptilationem, et mortis causa dationem.*

XXIV. Accepti quoque latione Dos constituitor, quum debitori marito acceptum feratur Dotis constituendæ causa. *l.* 41. § 2. Paul. lib. 35. ad Edict.

XXV. *Etiam mortis causa Dotem constituere quispiam, excepta ipsa muliere, potest.*

Hinc Si pater mulieris, mortis suæ causa Dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur. Sed si convaluerit; cur ei non remittatur obligatio per Condictionem, atque (2) si stipulanti quivis alius promisisset, aut Dotem alicujus nomine? Nam (3) ut corporis vel pecuniæ translatæ, ita obligationis constitutæ mortis causa, Condictio est. Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suæ causa Dotem promiserit: quia nisi matrimonii oneribus serviat, Dos nulla (4) est. *l.* 76. Tryphonin. lib. 9. disput.

§ 5. *De tacita Dotis constitutione, quæ redintegrato post divortium matrimonio fieri intelligitur.*

XXVI. Post divortium mulier, si de Dote maritus nihil cavit; et quum alii nupsisset, postea ad priorem virum rediit; tacite Dos ei redintegratur. *l.* 64. Javolen. lib. 4. ex Cassio.

Enimvero Divus Severus rescripsit Pontio-Lucriano in hæc verba: « Si mulier quæ Dotem de- » derat, post divortium rursus in matrimonium » redit, non revocatis instrumentis; non dubitabit » is apud quem res agetur, secundum voluntatem » mulieris, quæ utique non indotata redire, in » matrimonium voluit, partibus suis fungi; quasi » renovata Dote ». *l.* 40. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Consonat quod alibi dicitur. Uxor divortio facto partem apud virum reliquerat: deinde alii nupserat; et iterum vidua facta ad priorem virum redierat cui centum decem Doti dederat; neque ejus pecuniæ, quæ reliqua ex priore Dote erat, mentionem fecerat. Divortio facto reliquum ex priore Dote iisdem diebus virum redditurum ait Labeo, quibus reddidisset si superius divortium inter eos factum non esset: quoniam prioris Dotis causa in sequentem Dotis obligationem esset translata. Et hoc verum puto. *l.* 66. § 5. *ff. Solut. matrimon.* Javolen. lib. 6. ex postea. Labeonis.

His etiam consentaneum est quod ait Ulpianus: Si mulier diverterit, et judicio De Dote contestato reversa fuerit in matrimonium; redintegrato matrimonio expirat judicium, et omnia in statu pristino manent. *l.* 19. *d. tit.* lib. 36. ad Sabin.

XXVII. *Hæc tacita constitutio Dotis obtinet eo casu quo Dos prioris matrimonii a muliere profecta erat, aut ipsi erat restituenda.*

Cæterum Stipulatio de Dote reddenda ab extraneo interposita, facto divortio statim committitur; nec redintegrato matrimonio actio stipulatori quæsita intercidit. Denuo igitur consentiente stipulatore (5) Dos constituenda est; ne sequenti matrimonio, mulier indotata sit: si modo ea Dos non ab ipsa profecta sit, quam olim permissu ejus stipulatus est; tunc enim consensus ejus (6) non est necessarius. *l.* 63. Modestin. lib. singul. de Eurematicis.

Pariter Scævola. Titius mulieris nomine Dotem dedit, et stipulatus est in casum mortis et divortii. Divortio secuto non repetita Dote Titius decessit: mulier ex voluntate heredis ejus, redintegravit matrimonium. Quæsitum est an Ex stipulatu dotem petere possit? Respondi, Heredem Titii, si consensisset (7) ut ea quantitas quam Ex stipulatu consequi potuerat, reconciliato matrimonio, Dotis fieret, posse Pacti exceptione summoveri. *l.* 29. § 1. *de Pact. dotalib.* lib. 2. respons.

Sed etsi Dos prioris matrimonii ab ipsa muliere profecta erat; ita videtur denuo constituta, nisi contraria mulieris voluntas probetur.

Hinc Paulus: Dotem quæ in prius matrimonium data est, non aliter converti in posterius matrimonium dicendum est, quam quum hoc agitur: dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud convenisse. *l.* 30. Paul. lib. 7. ad Sabin.

ARTICULUS IV.

Quibus personis, quando, et quarum nuptiarum nomine, possit Dos constitui.

XXVIII. *Non solum ipsi viro patrive in cujus potestate est, quid Dotis causa promitti darive potest; sed et personis ipsorum juri subjectis per quas*

(1) Posteriori casu quum Dos simpliciter promittitur, et convenit ut viva muliere non exigatur; Dos est, quemvis non possit exigi: priori vero casu quum promittitur in tempus mortis mulieris, non potest intelligi Dos esse; quia Dos quæ sine matrimonio esse non potest, inciperet eo tempore quo jam non est matrimonium.

(2) Id est, quemadmodum hoc indubitandum est quum quivis mortis causa promittit; et quidem etiam quum Dotem mortis causa quivis alius quam pater promittit. Cur non igitur et patri, quam mortis causa promisit et convaluit, Condictio dabitur?

(3) Id est, nam ut corpus pecuniave cujus dominium mortis causa translatum est, revocari potest; ita etiam et obligatio, quum mortis causa contracta est.

(4) Adeoque non potest conferri in tempus mortis mulieris, quo jam solutum erit matrimonium.

(5) Id est, extraneo qui dotem dedit; eamque sibi soluto matrimonio reddi stipulatus erat.

(6) Qui eam stipulatus est.

(7) Ergo si non consensisset, non summoveretur.

acquirant : ita tamen ut Dos non sit periculo viri patrisve ejus, donec ratum habuerint.

Hoc docet Julianus. Ita ille : Quemadmodum invito domino servus stipulatus acquirit; ita, si dotem domini nomine sibi promitti patiatur, obligatio domino acquiritur. Sed neque periculum dominus præstare debebit, si forte debitor mulieris Dotem promiserit (1), neque culpam.

Traditione quoque rei dotalis in persona servi vel filiifamilias facta, Dos constituitur; ita ut neque periculum nec culpam dominus, aut pater, præstet. Igitur hanc Dotem periculo mulieris esse dico, quandiu dominus vel pater ratam promissionem vel donationem habuerit : ideoque etiam manente matrimonio, res quas tradiderit Condictione repetituram (2); item Incerti Condictione consecuturam ut promissione liberetur. *l.* 46. JULIAN. LIB. 16. DIGEST.

XXIX. Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium : et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest. PAUL. SENT. *lib.* 2. *tit.* 22. § 1.

Nota : Sed ante nuptias data, earum expectat adventum (3). *d.* § 1.

Et quidem etiam Si sponsalibus nondum factis, Titio Dotem Seiæ nomine promiseris quum ea nubere ei nollet; tamen si postea nupserit, Dotem debebis : nisi aliæ nuptiæ mediæ intervenissent (4). *l.* 58. CELSUS. LIB. 19. DIGEST.

XXX. *Non solum earum nuptiarum nomine quas quis cum certa muliere contraxit aut contracturus est, Dos promitti potest; sed et incertarum nuptiarum nomine quas quis cum muliere nondum certa quandoque contracturus sit.*

Hoc docet Javolenus. Ita ille : A Titio ita stipulatus sum, SI QUA MIHI NUPSERIT, DECEM DOTIS EJUS NOMINE DARE SPONDES? Quærebatur an consistat talis stipulatio? Respondit : Si stipulanti mihi Dos ita promissa est, QUAMCUMQUE UXOREM DUXERO, DOTIS EJUS NOMINE DECEM DARE SPONDES? nihil in causa est, quare ea pecunia conditione expleta non debeatur. Nam cum conditio etiam ex incertæ personæ facto parere obligationem possit (veluti, Si quis in Capitolium ascenderit, decem dare spondes? Si quis a me decem petierit, tot dare spondes?); cur non idem et in Dote promissa respondeatur, ratio reddi non potest. *l.* 108. *ff. de Verb. oblig.* LIB. 10. EPISTOL.

SECTIO III.

De jure quod ex constitutione Dotis nascitur.

Vel Dos promissa est, aut testamento relicta; vel traditio jam ex causa Dotis facta est : et ex variis illis Dotis constituendæ modis diversum jus nascitur. Quædam præterea singulares circa hanc materiam species veniunt dispiciendæ. Videndum in primis de conditione nuptiarum a qua pendet jus quod ex constitutione Dotis nasci potest : proindeque an Jus aliquod ex constitutione Dotis possit oriri, quum non valet matrimonium.

ARTICULUS I.

Quod jus nascatur ex Dote promissa aut relicta.

§ 1. *Cui ex stipulatione Dotis, aut ex testamento quo relicta est Dos, actio quæratur; et quando ea agere possit.*

XXXI. *Ex stipulatione Dotis, viro aut socero qui eam stipulatus est, actio quæritur; non vero uxori pro qua Dos promissa est. V. G.* Si pater marito tuo stipulanti promiserit Dotem : non tibi, sed marito contra successores soceri competit actio. *l.* 5. *Cod. de Dotis promiss.* DIOCL. ET MAXIM.

Hinc Patrona Dotem pro liberta jure promissam, quod extiterit ingrata, non retinebit (5). *l.* 69. § 6. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

XXXII. *Contra quum testamento aliquid Dotis nomine viro relictum est, marito quidem principaliter competit actio ex testamento; sed uxori actio non est deneganda : ut patet ex specie sequenti.*

Socer genero suo sic legaverat : LUCIO TITIO FILIÆ MEÆ NOMINE CENTUM HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE. Hanc pecuniam generum petere debere; exactam, acceptam legatis referri : sed divortio facto, De dote actionem mulieri reddendam, Proculus respondit; et nihilominus Dotis (6) esse factam. Julianus notat : Imo nec filiæ si voluerit, deneganda est hujusmodi actio (7). *l.* 48. § 1. JULIAN. LIB. 2. AD URSEIUM FEROCEM.

XXXIII. *Non solum autem manente matrimonio potest vir Dotem quæ ipsi promissa aut relicta est*

(1) Et dum cessatur in exigendo debito, labatur facultatibus.

(2) Nisi malit vir socerve ratum habere quod servus ipsius, Doti accepit. Nec enim æquum est ut dum cessat ratum habere, res quas mulier dedit, sint semper mulieris periculo.

(3) Id est, adjunctam habet conditionem nuptiarum.

(4) His enim intervenientibus defecisset conditio nuptiarum sub qua semper dos promissa intelligitur.

(5) Hanc enim non libertæ debet; sed ejus viro.

(6) Quamvis ex causa legati hæc pecunia ad virum pervenerit, tamen facta est Dotalis; et de ea mulier actionem soluto matrimonio habere debet. Nam hac mente legata est genero, ut eam dotis haberet.

(7) Actio *Ex testamento* adversus heredes mulieri non est deneganda. Etsi enim principaliter viro ejus, tamen et ipsi hoc legatum quodammodo relictum videtur.

petere; sed et soluto matrimonio potest, præterquam ab eo cui soluto matrimonio restituenda est.

Hoc docet Paulus. Ita ille : Lucius-Titius filiæ suæ nomine centum Doti promisit Gaio-Seio, et inter Gaium-Seium et Lucium-Titium patrem mulieris convenit : ne Dos a viro, vivo Lucio-Titio (id est patre mulieris) peteretur. Postea culpa mariti divortio facto, solutum est matrimonium; et pater mulieris decedens alios heredes instituit, filia exheredata. Quæro an ab heredibus soceri maritus exigere Dotem potest; cum (1) eam mulieri redditurus est? Respondi : Cum filia, aliis a patre heredibus institutis, actionem de Dote sua recuperanda habere cœperit, necesse habebit maritus aut exactam Dotem aut actiones ei præstare. Nec ullam exceptionem habebunt soceri heredes adversus eum; cum (2) absurde dicitur, dolo videri eum facere qui non ipsi quem convenit, sed alii restituturus petit. Alioquin (3) et si post mortem patris divortisset, nondum exacta Dote, excluderetur exactione Dotis maritus : quod non est admittendum. Sed etsi ex parte filia heres patri suo extiterit; debebit maritus coheredes ejus pro parte virili exigere, et mulieri reddere; aut actiones ei præstare. *l.* 44. § 1. *ff. Solut. matrim.* PAUL. LIB. 4. QUÆST.

§ 2. *Quid veniat in exactione Dotis, et quatenus a promissore Dotis exigatur.*

XXXIV. *Venit in exactione Dotis quod promissum aut relictum est.*

Cæterum usuras promissæ Dotis, quamvis fuerint in stipulationem deductæ, non poterit vir socerve exigere nisi ex quo cœpit sustinere onera matrimonii.

Hinc Papinianus : In domum absentis (4) uxore deducta, nullis in eam interea ex bonis viri sumptibus factis; ad exhibitionem uxoris promissas usuras reversus vir improbe petit. *l.* 69. § 3. LIB. 4. RESPONS.

Rursus idem ait : Usuras (5) numeratæ Dotis Ex stipulatu pater, in matrimonio defoncta filia, si petat, gener qui residuæ Dotis promissæ fenus stipulatus est, ita demum ad finem vice mutua debitæ quantitatis compensationem opponere juste videtur, si propriis sumptibus uxorem suam exhibuit : alioquin si patris sumptibus exhibita sit inanis usurarum stipulatio compensationi non proderit. *l.* 42. § 2. *ff. Solut. matrim.* IBID.

XXXV. *Jam vero videndum quatenus possit exigi a debitore Dotis; an in solidum, an in quantum facere potest?*

Labeo ait : Si de Dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest, condemnari eum qui promisit. Paulus : Imo, quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. Cæterum si manente affinitate Dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur : si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto : quid enim si socer specie futuræ Dotis induxerit generum; et, quum sciret se præstare Dotem non posse, id egerit ut genero insidiaretur? *l.* 84. LABEO LIB. 6. PITHANON A PAULO EPITOMATOR.

Regulariter autem et extra casum doli, socer hac exceptione gaudet. Hinc, quemadmodum si nurus soluto matrimonio agat cum socero de reddenda Dote; ita Ex diverso si socer ex promissione a marito conveniatur; solet quæri, an idem ei honor habendus sit? Neratius libris Membranarum et Proculus scribunt, Hoc justum esse. *l.* 17. *ff. Solut. matrim.* PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Item si mulier ex promissione conveniatur, magis placuit defendendam eam per exceptionem (6) Idem et Proculus ait : sicuti quum (7) socia fuit, dabitur ei exceptio; quamvis Jure Civili sit obligata. *d. l.* 17. § *1.*

Dicendum pariter, Si prior maritus posteriori, Dotis nomine, tanquam debitor mulieris, dotem promiserit; non plus quam id quod facere possit, Dotis futurum esse (8). *l.* 32. *ff. Solut. matrim.* JULIAN. LIB. 2. AD URSEIUM-FEROCEM.

XXXVI. *Ex eo autem quod quis facere potest, regulariter non deducitur æs alienum ejus : nisi hoc*

(1) Hic proponitur ratio dubitandi, quomodo maritus possit petere Dotem quam jam oportet eum restituere. Nam juxta regulam Juris *Dolo facit qui petit quod redditurus est :* l. 8. ff. *de Dol. except.*

(2) Respondet regulam oppositam obtinere quum quis redditurus est ei a quo petit; absurde vero hanc regulam objici, quum quis non ipsi a quo petit, sed alii redditurus est.

(3) Si objectio valeret, excluderetur maritus sua actione, etiam eo casu quo demum post mortem patris uxor divortisset. Atqui tamen hoc casu evidentissimum est non debere eum excludi actione, quæ manente matrimonio mortuo patre jam efficaciter ipsi competere cœperat.

(4) Vir absens (ut vid. Tit. præced. N. 17.) uxorem ducere potest; quamvis absens uxor duci non possit.

(5) Finge : Pater filiæ suæ nomine centum pro dote constituit; quorum sexaginta solvit, reliqua quadraginta genero stipulanti promisit cum usuris. Ipse stipulatus est pater, Dotem sibi mortua in matrimonio filia reddi. Postea mortua muliere pater petit sexaginta quæ solvit, et usuras ex die mortis mulieris. Quæritur an gener poterit compensare usuras residuæ quantitatis (quadraginta) ex die stipulationis; Respondet non aliter ipsi eas deberi et ab eo compensari posse, quam si onera matrimonii sustinuerit et mulierem aluerit.

(6) Quam vocant *Competentiæ;* ut non ab ea exigatur plus quam facere potest.

(7) Sicuti gauderet hac exceptione si ex aliqua societate actione *Pro socio*, conveniretur. Nam si quivis socius hanc exceptionem habet, propter rationem fraternitatis cujusdam quam inter socios induxit societas; quanto magis debet tribui hæc exceptio mulieri, quæ omnis divini humanique juris cum viro socia est.

(8) Non enim tenetur in plus; propter honorem pristini matrimonii.

actum est quum Dos promitteretur, ut in specie sequenti.

» Nepos Proculo suo salutem. Ab eo qui ita » Dotem Promisit, Quum commodum erit, Dotis » filiæ meæ tibi erunt aurei centum; putasne » protinus nuptiis factis Dotem peti posse? Quid si » ita promisisset, Quum potuero, Doti erunt? » Quod si aliquam vim habeat posterior obligatio; » POSSIT verbum quomodo interpretaris? Utrum » ære alieno deducto; an extante? » Proculus : Quum Dotem quis ita promisit; Quum potuero, Doti tibi erunt centum; existimo, ad id quod actum est interpretationem redigendam esse. Nam qui ambigue loquitur, id loquitur quod ex his quæ significantur, sensit. Propius est tamen ut hoc eum sensisse existimem; Deducto ære alieno potero. Potest etiam illa accipi significatio, Quum salva dignitate mea potero : quæ interpretatio eo magis accipienda est, si ita promissum est, Quum commodum erit; hoc est quum sine incommodo meo potero. *l.* 125. *ff. de Verb. signif.* Procul. lib. 5. epistol.

ARTICULUS II.

Quod jus nascatur ex traditione Dotis causa facta.

XXXVII. *Traditione secuta vir rerum quæ ex hac causa traditæ sunt dominium nanciscitur, si a domino aut voluntate domini traditæ sint.*

Hinc Ulpianus : Si res in dote dentur; puto in bonis mariti fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam (1). *l.* 7. § 3. lib. 31. ad Sabin.

Nec dicas quod nonnisi ex causa perpetua dominium transferatur. Nam Dotis causa perpetua est; et, cum voto ejus qui dat, ita contrahitur ut semper apud maritum sit. *l.* 1. Paul. lib. 14. ad Sabin.

Dominium rerum Dotalium traditione secuta ad maritum transire, ex eo maxime patet quod servos dotales jure manumittere potest.

Hoc docet Alexander qui ita rescribit : Etsi Dotis exactio, defuncta in matrimonio filia, potuisset ad patrem pertinere; dotalibus tamen servis maritus testamento directam et fideicommissam libertatem jure dedit, et præstita revocari non debuit : cum et inter vivos manumittendi mancipia dotalia constante matrimonio liberam habeat maritus facultatem. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

Consonat quod ait Papinianus : Servum dotalem vir qui solvendo est, constante matrimonio manumittere potest. Si autem solvendo est, licet alios creditores non habeat, libertas servi impeditur (2) : ut constante matrimonio deberi Dos intelligatur (3). *l.* 21. *ff. de Manumiss.* lib. 13. respons.

XXXVIII. *Maritum esse rerum Dotalium dominum, ex eo adhuc patet quod* Servus dotalis heres ab aliquo institutus, mariti jussu vel adire vel repudiare debet hereditatem. *l.* 58. *ff. Solut. matrim.* Modestin. lib. singul. de Eurematicis.

Circa hanc rem autem, valde notandum est quod sequitur :

Sed ne maritus aut facile repudiando vel temere suscipiendo incognitam successionem, Dotis judicio uxori suæ obligetur; consulendum est, mulierem coram testibus interrogari utrum velit omittere an acquirere hereditatem : et, si repudiare se dixerit, facile mariti jussu repudiabit (4). Quod si hereditatem agnoscere maluerit (5); reddendus est a marito servus uxori, ea conditione ut, quum jussu ejus adierit, rursum marito retradatur : ita et mariti sollicitudini consuletur, et uxoris desiderio parebitur. *d. l.* 58.

XXXIX. *Cum rerum ex causa Dotis traditarum dominium ad virum transeat; hinc Diocletianus et Maximianus rescribunt* : Res quas usufructu sibi deducto socrus in dotem dedit, venumdando auferre tibi non potest. *l.* 17. *Cod. h. tit.*

Item Rem quam pater in Dotem genero pro filia dedit nec recepit, alienare non potest. *l.* 22. *Cod. h. tit.*

Iidem rescribunt : Si prædium uxor tua Dotale venumdedit; sponte oeciæ contractum ratum habuerit, nihil interest; cum rei tibi quæsitæ dominium auferre nolenti minime potuerit. *l.* 23. *Cod. h. tit.*

Mulierem quæ rem in dotem dedit, de ea amplius utpote viri facta disponere non posse patet ex specie sequenti. Titia quum esset minor viginti-quinque annis, quartam hereditatis matris suæ communem sibi cum fratribus mutavit, et accepit pro ea parte fundum, quasi emptione inter se facta. Hunc fundum cum aliis rebus Doti dedit : quæro, si in integrum restituatur, et partem suam accipiat quartam, et reddat fundum; quid debeat maritus facere? An contentus esse debeat aliis rebus in Dotem datis? Item quæro : Si hæc decesserit, et heredes ejus in integrum restitutionem ex persona ejus petierint; et ipsi (6) petant quartam partem, et illi (7)

(1) Scilicet transferetur dominium ad maritum, si mulier quæ dedit domina fuit; sin, transferetur ad eum causa usucapiendi, proderitque marito tempus quo jam cœperat bona fide mulier possidere.

(2) Propter Legem Æliam-Sentiam quæ vetat in fraudem creditorum manumitti : non autem propter defectum dominicæ potestatis in marito.

(3) Enimvero si vir ad inopiam vergat, etiam constante matrimonio, Dos repeti potest : ut videb. lib. seq. Tit. *Sol. matrim.* Mulier igitur est creditrix dotis; et in ejus fraudem facta manumissio non valet.

(4) Nec jam timebit maritus ne soluto matrimonio mulier culpæ eum arguat; quod temere repudiavit hanc hereditatem : quæ, si eam agnovisset, in restitutione dotis tanquam causa dotis venisset.

(5) Mulier scilicet : maritus autem nolit hujus hereditatis oneribus implicari.

(6) Heredes mulieris.

(7) Fratres mulieris, adversus quos restitutio in integrum est impetrata.

fundum; an maritus cogatur restituere fundum, contentus in retentione lueri Dotis cæteris rebus? Modestinus respondit, Nihil proponi cur marito Dos auferenda sit. Sed in meram æstimationem prædii mulier, vel ejus heredes condemnandi sunt; in hoc tempus referendam quo in Dotem datus est. *l.* 62. MODESTIN. LIB. 5. RESP.

XL. *Ex eo quod maritus sit rerum Dotalium dominus, sequitur etiam quod rescribunt Diocletianus et Maximianus :* De his quæ in Dotem data ac direpta commemoras, mariti tui esse actionem (1) nulla est dubitatio. *l.* 11. *Cod. h. tit.*

Mulieri autem, utpote a qua dominium per traditionem recessit, Vindicatio non competet.

Hinc Carus, Carinus, et Numerianus rescribunt : Doce ancillam de qua supplicas dotalem fuisse, in notione Præsidis. Quo patefacto, dubium non erit vindicari ab uxore tua nequivisse. *l.* 9. *Cod. de Rei vind.*

XLI. *Cæterum quamvis rerum quæ ex causa Dotis viro traditæ sunt, dominium sit penes virum; tamen, cum soluto matrimonio uxori restitui debeant, et interim fundi Dotalis alienatio prohibeatur (ut videb. infra mox Tit.* de Fund. dot.) *Dos quodammodo mulieris esse dicitur.*

Hinc Tryphoninus : Quamvis IN BONIS MARITI Dos sit, mulieris tamen est. Et merito placuit ut, si in Dotem fundum inæstimatum dedit, cujus nomine duplæ stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit; statim eam ex stipulatione agere posse (2). Porro cujus interest non esse evictum quod in Dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id quod eum in Dotem habere desiit, hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur : cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet. *l.* 75. LIB. 6. DISPUTAT.

XLII. *Vidimus maritum rerum ex causa Dotis traditarum dominium consequi. Hoc ita, nisi a non domino citra voluntatem domini traditæ essent. Sed hoc casu eum qui Dotem constituit, habebit obligatum.*

V. G. Mater quum filiæ aurum dedisset utendum, pater puellæ, id aurum in Dotem viro appendit : dein mortua est mater. Si, inscia invitave uxore, vir id aurum in Dotem dedisset; manet id aurum heredi matris, vindicarique potest, et eo minorem Dotem viro datam esse placuit. Quia res evicta est, marito competit adversus socerum actio (3). *l.* 34. ULP. LIB. 33. AD SABIN.

XLIII. *Circa hanc tamen actionem interest, an traditionem præcesserit promissio : et, si non præcesserit, an res æstimata aut inæstimata in Dotem data fuerit. Hoc discrimen observant Severus et Antoninus qui ita rescribunt :* Evicta re quæ fuerat in Dotem data; si pollicitatio (4) vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum, vel mulierem seu heredes eorum Condictione vel Ex stipulatione agere potest (5). Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit : post evictionem ejus, si quidem res æstimata fuerit, Ex empto (6) competit actio; sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in Dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposito, De dolo actio adversus eum locum habebit : nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si a matre vestra superstite aliquid ad vos pertinens in Dotem scienti (7) vitrico vestro datum est; intelligitis nullam firmitatem Juris dationem habere, si neque pollicitatio neque stipulatio intercessit. *l.* 13. *Cod. h. t.*

Similiter Papinianus : Quum res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi placuit (8); summa declaratur (9), non venditio contrahitur : ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro. Alioquin De dolo tenetur (10). *l.* 69. § 7. LIB. 4. RESPONS.

(1) Et Condictionem furtivam, et Vi bonorum raptorum, et Vindicationem.

(2) Nec mirum. De evictione enim agit emptor, etsi desierit esse dominus; resque non ipsi, sed successori ipsius evicta sit : modo ipsius intersit rem successori suo non evinci; ut vid. supra lib. 21. Tit. *de Evictionib.* Part. 1. Sect. 2. art. 4.

(3) Quæ actio? Vid. N. seq.

(4) Hanc vocem substituit Tribonianus pro *dictio*; quia dictio dotis Jure Justinianeo abrogata est. Per *pollicitationem* autem intelligit Tribonianus nudum pactum quo Jure Justinianeo Dos constitui potest; et hanc vocem opponit *promissioni*, quæ significat stipulationem.

(5) Nam qui dixit aut promisit dotem, non fuit liberatus solutione rei alienæ : adeoque tanquam adhuc obligatus conveniri potest, Condictione *Certi*, aut actione *Ex stipulatu.*

(6) Æstimatio enim quamdam venditionem-emptionem facit; ex qua nascitur actio *Ex empto.*

(7) Quod si ignorasset, et uxor scivisset alienum; hoc casu dolo uxoris deceptus, haberet adversus eam eo nomine actionem *In factum.*

(8) Supra vidimus, re æstimata in dotem data, si ea evicta fuerit, actionem *Ex empto* viro competere. Hoc ita, quum sic æstimatur ut vir non rem sed pretium soluto matrimonio reddere teneatur : hæc æstimatio emptionem inducit. Secus, si ita æstimetur ut tamen ipsam rem vir soluto matrimonio reddere teneatur : hæc æstimatio nullam inducit emptionem; adeoque nulla eo casu si viro fuerit evicta ei competit actio.

(9) Id est, ea tantum de causa fit æstimatio, ut declaretur quanti res esset quum marito in dotem tradita est; faciliusque possit æstimari quanti condemnari debeat maritus, si res culpa ejus deterior fiat.

(10) Vel potius actione *In factum*, ad instar actionis *De dolo.*

ARTICULUS III.

Exponuntur duæ species singulares, in quibus quæritur quod jus vir ex constitutione Dotis acquirat.

XLIV. *Primam speciem ita refert Marcellus.* Ex asse heres institutus, rogatusque mulieri dodrantem hereditatis restituere; jusssu ejus, quod debet Doti promisit marito. Vereor, non sit obligatus. Nam mulieri in hoc tenetur, ut hereditatem restituendo transferat actiones, et quas habet, et quibus est obstrictus; quas transferre ad alium quam cui debet fideicommissum, non potest (1). Aliquis dixerit Incerti cum eo agi posse; ut fideicommissi præstet æstimationem. Huic ego consentire non possum : nam obligari mulieris debitorem ita æquum est, si accipere id ipsum quod ei debetur, vir potest. Sed ne indotata mulier esse videatur; dicendum est, ipsi mulieri ex Trebelliano restituendam esse partem hereditatis quæ ei relicta est, ut ea suo marito pro Dote eam (2) solveret; quia (3) et ad eam fideicommissum et onera ejus pertinent: delegatione (4) propter nimiam subtilitatem et casus necessitatem minime obtineute. *l.* 59. § 1. lib. 7. digest.

XLV. *Species altera. Item quæritur, quum ususfructus in Dotem constituitur, quid vir acquirat? Interest an quis usumfructum quem in viri fundo habet ipsi in Dotem constituat, an quis in suo fundo usumfructum ei constituat.*

Primo casu : Quum in fundo mariti habens mulier usumfructum, Dotis causa eum marito dedit; quamvis ab ea ususfructus decesserit, maritus tamen non usumfructum habet (5); sed suo fundo quasi dominus utitur; consecutus per Dotem, plenam fundi proprietatem non separatam usufructu. Nec est quod non utendo maritus amittat (6). Divortio autem facto constituet in eodem fundo usumfructum mulieri. Quod si in matrimonio decesserit uxor, nihil emolumenti ob Dotem habere videtur maritus, quia etsi uxorem eam non duxisset, fructuariæ morte finitus ususfructus ad proprietatem rediret. Ideoque nec in funus (7) conferet mulieris. *l.* 78. Tryphonin. lib. 11. disput.

Plane si pater filiæ nomine (qui in fundo generi, usumfructum habebat), Dotis constituendæ gratia eum dederit, et in matrimonio mortua fuerit; habebit (8) ex sua persona ususfructus petitionem. *d. l.* 78. § 1.

Altero casu : scilicet Quod si mulier in fundo suo, marito usumfructum Dotis causa constituerit, tunc ex mariti persona erit ususfructus proprie, qui et non utendo ipsius pereat. Quod si acciderit, videamus an etiam nunc dotata sit mulier? Et, si quidem dominium apud mulierem est fundi ad quem reversus est ususfructus, nihil jam in Dote habet quod actione Dotis consequatur ab eo; cui quod non utendo amisit usumfructum imputari non potest, ex quo ipsa lucrum habet : ideoque indotata erit. Quod si alienaverit uxor proprietatem quæ sine ullo mulieris emolumento plenior facta est (9), adhuc dotata est : quia Dotis actione teneri debet maritus, qui, quando licuit usufructu uti, amisit eum non utendu. Nam si habere perseverasset usumfructum ad divortium, commodo mulieris cederet ejus restitutio : quia, etsi non protinus ad ipsam (10) transiret, tamen vel [si] pretio vel beneficio (11), sine incommodo mulieris, ad proprietatem revertetur. Si autem usumfructum maritus non amiserit, morte mulieris non finitur ususfructus apud maritum (12), divortio autem facto, primo videamus et in hac et in superiore specie an pro rata temporis ejus anni dividantur fructus? Quod probandum est. Ipsius autem restitutio ita fiet, ut habenti mulieri fundum ususfructus cedatur, et ita cum proprietate consolidetur. Sed etsi non sit fundi domina (13); nihilominus competit Dotis actio, ut dimittat a se

(1) Ergo cum promiserit viro id quod ipsi per rei promissæ naturam præstari non potest; videtur frustra promisisse, nec esse obligatus.

(2) Id est, quicquid mulier ex ea hereditate redegerit emolumenti, deductis oneribus.

(3) Ideo autem ipsi mulieri restituenda est, *quia, etc.* Vid. Not. seq.

(4) Sensus est : non obtinet delegatio qua mulier heredem fideicommissi debitorem jusserat promittere viro quod ipsi debebat : quia *subtilitas* Juris quæ non permittit, hereditatis fideicommissum posse alii quam ipsi fideicommissario utiliter restitui, adversatur huic delegationi; *casusque* præsentis *necessitas* suadet ut ea delegatione insuper habita heres ipsi mulieri hereditatem restituat, quam postea ipsa mulier, viro in dotem afferet.

(5) Ususfructus enim transmitti non potest : et maxime non potest in persona domini consistere; nam res sua nemini servit.

(6) Cum enim hoc casu maritus non habeat usumfructum a suo proprietatis jure separatum, nihil est quod possit amittere non utendo.

(7) Maritus confert, in funus uxoris, cum uxoris heredibus, pro rata dotis quam morte ejus lucratur : ut vid. supra lib. 11. Tit. *de Religios.* N. 43. Cum ergo hoc casu nihil sit quod lucretur, nihil conferet.

(8) Pater scilicet. Dotem enim a se profectam pater repetit, ut videb. infra lib. 24. Tit. *Solut. matrim.* Petet igitur ut sibi novus constituatur ususfructus.

(9) Si mulier antequam vir amisisset non utendo usumfructum sibi datum, proprietatem alienasset; et postea non utendo ususfructus amitteretur : ususfructus ita amissus ad proprietatem quæ jam penes mulierem non est, reverteretur; adeoque extingueretur sine ullo mulieris emolumento. Maritum igitur mulier eo nomine obligatum habet, quod eum non utendo amiserit; nec possit eum, si divortium contingat, restituere. Ratione autem hujus obligationis qua vir ei eo nomine tenetur, adhuc dotata videtur.

(10) Ususfructus personam fructuarii non egreditur, nec potest in alteram personam transferri.

(11) Hæc in fine legis explicantur.

(12) Nam Jure Pandectarum Dos mortua in matrimonio muliere apud virum remanet. Debet igitur apud maritum remanere hic ususfructus in Dotem datus.

(13) Quia eum alienavit.

maritus usumfructum. Nam vel Ex empto actione adhuc ut usumfructum præstet, mulier tenetur (1); aut pretium ejus consequi sperat; aut cuivis magis gratiam præstare, quam relinquere apud inimicum jus ad se translatum, licere ei civili (2) est. *d. l.* 78. § 2.

ARTICULUS IV.

De nuptiarum conditione a qua pendet jus quod ex Dotis constitutione nascitur.

XLVI. *Constitutio et stipulatio Dotis ab eventu nuptiarum pendet, licet pure concepta sit.*

Corollarium. Sed si nuptiæ secutæ non fuerint, Ex stipulatu agi non potest; magis enim res quam verba (3) intuenda sunt. *l.* 41. § 1. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Pariter Ulpianus : Stipulationem, quæ propter causam Dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, si nuptiæ fuerint secutæ : et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, SI NUPTIÆ, constat. Quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur. *l.* 21. LIB. 35. AD SABIN.

Et licet postea eidem nupserit, non convalescit stipulatio (4). *l.* 22. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Pendente autem nuptiarum conditione, pendet jus stipulationis; nec ex quavis causa resolvitur, nisi defecerit conditio.

Hinc Si pater filiæ nomine Dotem promisisset, et eam ante nuptias emancipasset; non resolvitur promissio. Nam et eum ante nuptias pater moreretur, nihilominus heredes ejus ex promissione obligati manebunt. *l.* 44. JULIAN. LIB. 16. DIGEST.

XLVII. *Cum stipulatio Dotis a conditione nuptiarum pendeat, ergo et delegatio quam mulier ex hac causa facit.*

Hinc sequitur quod Ulpianus et Paulus docent in specie sequenti. Sabinus ait : Debitor mulieris, jussu ejus, pecuniam viro promisit; deinde vir acceptam eam jussu mulieris fecit : res mulieri perit (5). Hoc quomodo accipimus? Utrum Dotis nomine, an et si alia ex causa? Et videtur de eo debitore dictum, qui Dotis nomine promisit. Illud adhuc subest, utrum ante nuptias an post nuptias id factum sit : multum enim interesse videtur. Nam si secutis nuptiis id factum est, Dote jam constituta, maritus accepto ferendo perdit dotem (6) : si autem antequam nuptiæ sequerentur, nihil videtur Doti constitutum (7) esse. *l.* 36. ULP. LIB. 48. AD SABIN.

Non enim alias perit mulieri actio, quam si nuptiæ secutæ fuerint : nam si secutæ non sunt, manet debitor mulieri obligatus (8). *l.* 37. PAUL. LIB. 12. AD SABIN.

Obiter nota circa supra dictam speciem quum nuptiæ secutæ sunt : Sane videndum est an marito mulier, quæ jussit accepto ferri, obligetur? Et putem obligari Mandati actione; et hoc ipsum in Dotem converti, quod mulier Mandati judicio obligata est. Et quod dicitur, rem mulieri perire, consequens est : nam si cœperit velle De dote agere, ipsa secum debebit compensare jussum suum (9). *l.* 38. ULP. LIB. 48. AD SABIN.

Ex eo quod delegatio debitoris mulieris Dotis causa facta, nuptiis demum secutis confirmetur; unum consectarium male collegerat Labeo : in quo a Javoleno reprehenditur. Scilicet Si debitor mulieris Dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, neque eo nomine postea debitorem viro obligatum ait Labeo. Falsum est : quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est. *l.* 80. JAVOL. LIB. 6. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

Igitur dicendum est, Si debitor mulieris Dotem sponso promiserit, non posse mulierem ante nup-

(1) Quia forte vendendo omisit deducere usumfructum quem viro constituerat.

(2) Objicere quis ita potuisset : Quum mulier alienavit fundum cujus usumfructum maritus ex causa Dotis habebat; videtur mulierem divortio facto, non posse agere adversus virum ut hunc usumfructum cedat. Nam cessione hac, ususfructus consolidabitur proprietati; quæ non jam apud mulierem, sed apud emptorem fundi est. Cum igitur nihil latura sit mulier, videtur eam non posse agere : nemo enim agit nisi de eo quod sua interest. Ad hanc objectionem ita respondet : Imo mulieris interest, maritum cedere hunc usumfructum. Et quidem hoc dubium non est eo casu quo mulier alienando fundum non deduxisset usumfructum sui mariti : tenetur enim eo nomine *Ex empto*, quod non liceat fundo frui emptori : interest autem mulieris hac obligatione liberari, per cessionem ususfructus. Sed et eo casu quo mulier vendendo deduxisset usumfructum viri; adhuc ejus interest usumfructum cedi. Interest autem, *vel pretio vel beneficio*. Et quidem *pretio :* quia potuit pacisci cum emptore, ut ab illo pretium ususfructus consequeretur, si per cessionem mariti ad eum reverteretur : sed et si hoc non pacta sit, civiliter dicere potest, sua interesse gratiam ex ea re emptori præstare, eumque sibi *beneficio* devincire, potius quam hunc usumfructum apud inimicum qui eam repudiavit relinquere.

(3) Quamvis verba sint pure concepta; res ipsa de qua agebatur, id est, ut Dos constitueretur, habet hanc conditionem *Si nuptiæ sequantur*, cum sine nuptiis Dos esse non possit.

(4) Stipulatio semel extincta per defectam conditionis, non potest reviviscere.

(5) Id est, hoc perdit mulier.

(6) Perdit hoc nomen, quod ex causa dotis habebat.

(7) Quia Dos non prius esse incipit, quam nuptiæ sequantur.

(8) Vir enim nihil agit acceptum ferendo. Solus enim creditor acceptum facere potest : vir autem, cum sub tacita conditione *Si nuptiæ consequerentur*, ei promissum esset, ea deficiente, non erat creditor.

(9) Adeoque res mulieri peribit. Nam si soluto matrimonio mulier eam repetat; repelletur exceptione, *Quod ex mandato ejus vir dotem acceptam fecerit*, adeoque tenetur ex causa mandati virum indemnem præstare.

tias a debitore eam pecuniam petere; quia ea promissio in pendenti esset donec obligatio in ea causa est. *l.* 83. JAVOL. LIB. 6. POSTERIORUM LABEONIS.

XLVIII. *Quod de stipulatione et delegatione diximus, dic pariter et de cæteris modis quibus Dos constitui potest.*

Plane si nuptiæ secutæ sint, liberationem contingere palam est. Cuinam autem eo casu Dotis exactio competat, vide infra lib. seq. SOLUT. MATRIM. *n.* 72. *ex eadem. l.* 43. § 1.

Hinc V. G. Quia autem in stipulatione Dotis, non est necessaria adjectio (1); etiam in datione tantumdem ducimus. *l.* 23. ULP. LIB. 35. AD SABIN.

Et Licet soleat Dos per acceptilationem constitui, tamen si ante matrimonium acceptilatio fuerit interposita, nec nuptiæ secutæ, Scævola ait matrimonii causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse, atque ideo suo loco manere obligationem. Quæ sententia vera est. *l.* 43. ULP. LIB. 3. DISPUT.

Quoties autem extraneus accepto fert debitori, Dotis constituendæ causa; si quidem nuptiæ insecutæ non fuerint, liberatio non sequetur: nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum; tunc enim credendum est, brevi manu acceptum a muliere, et marito datum (2). Cæterum (3) mulieri per liberam personam Condictio acquiri non potest. *d. l.* 43. § 1.

XLIX. *Cum Dos ex conditione nuptiarum pendeat; inde est etiam quod,* Si ante matrimonium æstimatæ res dotales sunt, hæc æstimatio quasi sub conditione est. Namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum. Secutis igitur nuptiis, æstimatio rerum perficitur, et fit vera venditio. *l.* 10. § 4. ULP. LIB. 34. AD SABIN.

Consonat quod ait Paulus: Si re æstimata data, nuptiæ secutæ non sint; videndum est quid repeti debeat, utrum res an æstimatio? Sed id agi videtur ut ita demum æstimatio rata sit, si nuptiæ sequantur: quia nec alia causa contrahendi fuerit. Res igitur repeti debeat; non pretium. *l.* 17. § 1. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Inde quæri potest: Si ante nuptias mancipia æstimata deperierint, an mulieris damnum sit? Et hoc consequens est dicere: nam cum sit conditionalis venditio; pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem (4); consequens est dicere mulieri perisse, quia nondum orat adimpleta venditio; quia ÆSTIMATIO VENDITIO EST. *sup. d. l.* 10. § 5.

L. *Sive autem res æstimatæ sive inæstimatæ datæ sint; quamvis pendente conditione nuptiarum, pendeat causa Dotis ex qua datæ sunt; non ideo minus interim dominium earum ad virum transibit, nisi aliter actum sit.*

Hoc docet Ulpianus. Ita ille: Fiunt autem res mariti si constante matrimonio in Dotem dentur. Quid ergo si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier ut statim ejus fiant, efficiuntur. Enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur quum nupserit; sine dubio dicemus, tunc ejus fieri quum nuptiæ fuerint secutæ. Proinde si forte nuptiæ non sequantur nuntio remisso; si quidem sic dedit mulier ut statim viri res fiant, condicere (5) eas debebit misso nuntio: enimvero si sic dedit ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti, aut Doli, aut In factum: Doti enim destinata non debebunt vindicari. *l.* 7. § 3. ¶ *fin.* ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Sed nisi hoc evidenter actum fuerit; credendum est hoc agi ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiæ secutæ fuerint reddantur. *l.* 8. CALLISTRAT. LIB. 2. QUÆST.

Similiter: Si ego Seiæ res dedero, ut ipsa suo nomine in Dotem det, efficientur ejus, licet non in Dotem sint datæ: sed Condictione tenebitur. Quod si pro ea res ego dem, si quidem ante nuptias, interest qua conditione dedi; utrum ut statim fiant accipientis, an secutis nuptiis. Si statim, nuntio misso condicam, sin vero non statim, potero vindicare, quia meæ res sunt. Quare et si sequi nuptiæ non possunt propter matrimonii interdictionem; ex posteriore casu res meæ remanebunt. *l.* 9. ULPIAN. LIB. 31. AD SABIN.

LI. *Hic quæstio occurrit.* Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis Dotis efficiantur, et ante nuptias decessero; an secutis nuptiis, Dotis esse incipiant? Et vereor ne non possint in dominio ejus effici cui datæ sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum; et, quum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est; a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est (6). Sed benignius est favore Dotium, necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit; aut, si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo, dominium ad maritum ipso Jure transferri; ne mulier maneat indotata. *d. l.* 9. § 1.

(1) Ita hunc textum restituit Cujacius Observ. XXV. 35. Et per *adjectionem*, intelligit conditionem quæ stipulationi adjiciebatur. *Si nuptiæ sequantur.* Vulgo legitur: *Quia in stipulatione non est necessaria Dotis adjectio.*

(2) Ab ipsa muliere.

(3) Id est, nisi enim hoc fingamus, mulier actionem habere non posset, Nam *mulieri, etc.*

(4) Vid. supra lib. 18. Tit. *De peric. et comm. rei vend.* N. 16.

(5) Condictione *Ob rem dati re non secuta.*

(6) Et quidem ita ex ratione Juris obtinere debet. *Sed, etc.*

ARTICULUS V.

An aliquod jus ex constitutione Dotis nasci possit, quum non valet matrimonium.

LII. Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia quæ consistere non possunt. Neque enim Dos sine matrimonio esse potest: ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec Dos est. *l.* 3. Ulp. lib. 63. ad Ed.

Hinc quia cum castrato verum matrimonium esse non potest; Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne: ut in castrato dicas Dotem non esse; in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et Dos et Dotis actio est. *l.* 39. § 1. Ulpian. lib. 33. ad Ed.

Similiter cum inter servos justæ nuptiæ esse non possint; si Ejus nomine quæ libera videbatur, decem in Dotem dedisti: eo casu habebis Condictionem (1), quo habere potuisses si mulieris liberæ nomine dedisses, nec nuptiæ secutæ essent.

Si manumissa nupserit, ita demum Dos erit, si ea mente dedisti ut quandoque secutis nuptiis Dos esset. Igitur si mulieri donaturus dedisti, dominus condicet (2): quemadmodum si eum qui sibi donaturus esset, mulier (3) ipsa donare jussisset (4). *l.* 59. § 2. Marcellus, lib. 7. digest.

LIII. *Dos quidem non est si nuptiæ injustæ sunt, verum si justæ esse cœperint, convalescet Dotis constitutio.*

Hinc Papinianus : Dotis promissio non ideo minus valebit quod ignorante initio patre (5) nuptiæ non fueriat, si postea consenserit; cum omnis Dotis promissio, futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat. Nam et si minor annis duodecim ut major deducta sit, tunc primum petetur quum major annis apud eumdem esse cœperit. Quod enim vulgatum est, Dotis promissionem in primis duntaxat nuptiis destinari; neque durare obligationem si, post alterius matrimonium, ei nubat cui Dotem promiserat; tunc locum habet, quum intercesserunt aliæ nuptiæ (6). *l.* 68. Papin. lib. 10. quæst.

Item Si serva servo quasi Dotem dederit, deinde constante conjunctione ad libertatem ambo pervenerint peculio eis non adempto, et in eadem conjunctione permanserint: ita res moderetur, ut, si quæ ex rebus corporalibus velut in Dotem (tempore servitutis) datis extiterint, videantur ea tacite in Dotem conversa; ut earum æstimatio mulieri debeatur. *l.* 39. Ulp. lib. 33. ad Ed.

Hoc ita quia, non adempto mulieri peculio, res mulieris erant quum manumissa est et cœpit matrimonium convalescere. Secus in specie sequenti :

Proculus nepoti suo salutem. Ancilla quæ nupsit, Dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciet se ancillam esse, sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere: eaque nihilominus mansit ejus cujus fuerat antequam eo nomine viro traderetur; nisi forte usucapta (7) est. Nec postea quam apud eumdem virum libera facta est, ejus pecuniæ causam mutare potuit (8). Itaque nec facto quidem divortio, aut Dotis jure aut per Condictionem repetere recte potest. Sed is cujus pecunia est, recte vindicat eam. Quod si vir eam pecuniam Pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam (9) esse; propius est ut existimem eum lucri fecisse (10): utique si, antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. Et in eadem opinione (11) sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea Dos fieret; ita ut nec possideat eam, nec dolo fecerit quominus eam possideret. *l.* 67. Procul. lib. 7. epistol.

SECTIO IV.

De bonis Paraphernis.

LIV. Paraphernа *dicuntur quæcumque mulier extra dotem habet.*

(1) *Condictionem sine causa.* Est enim apud virum sine causa pecunia quæ ei ex falsa Dotis causa data est; cum nulla Dos esse potuerit, ubi matrimonium consistere non posset.

(2) Quasi brevi manu mulier a te accepisset, et ipsa dedisset. Acceptum enim a te, domino suo quæsivit; et ejus quod dat, Condictionem domino suo quærit.

(3) Ita lectionem ex Basilicis restituit Cujacius, quem vid. Observ. XIII. cap. fin. Vulgo *mulieri ipsam.*

(4) Quo casu pariter brevi manu fingeretur mulier accepisse ab eo quem jussit dare, et ipsa dedisse; Condictionemque ejus quod dabat, domino suo acquisivisse.

(5) Cum consensus patris ad nuptias requiratur (ut vid. supra Tit. *de Ritu nuptiar.*) quandiu ignorat eas pater non valent.

(6) In his autem speciebus, consensu patris vel pubertate superveniente, magis perficiuntur quæ nondum utiliter contractæ erant, quam aliæ videntur contrahi.

(7) Vir enim potuit hanc pecuniam usucapere; non quidem titulo Dotis, cum nulla Dos fuerit nullo existente justo matrimonio; sed generali titulo *Pro suo*, ut infra dicetur: quo titulo usucapiunt etiam illi qui sine titulo possident, quum justam existimandi causam habent se ex aliquo justo titulo possidere.

(8) Scilicet quum peculium ei ademptum est. Neque enim potest efficere ut ea pecunia in dote sit; quæ, cum ademptum peculium supponatur, pristini ipsius domini manet: si non est usucapta a viro.

(9) Adeoque et nuptias et Dotis titulum consistere.

(10) Et quidem omnino et irrevocabiliter. Nec enim eam usucapiendo sic quæsivit, ut mulieri simul acquireretur jus eam repetendi in casum soluti matrimonii; cum nullum jus mulieri quæ tunc ancilla erat acquiri potuerit. Secus esset si postquam jam matrimonium convaluisset, rem usucepisset: hoc enim casu acquisivisset mulieri jus eam repetendi soluto matrimonio. Hinc statim subjicit : *Utique si, etc.*

(11) Scilicet ne mulier nil possit repetere.

Dotis autem causa data accipere debemus, ea quæ in Dotem dantur. *l.* 9. § 2. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Bona Parapherna, dicebantur etiam RECEPTITIA; *cujus nominis hanc rationem reddit Gellius :*

Quando mulier Dotem marito dabat; tum quæ ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittebat, ea RECIPERE dicebatur : sicuti nunc quoque in venditionibus, quæ excipiuntur neque væneunt. *Gell. XVII.* 6.

De his bonis ita Ulpianus : Cæterum si res dentur in ea quæ Græci ΠΑΡΑΦΕΡΝΑ dicunt, quæque Galli PECULIUM appellant; videamus an statim efficiuntur mariti? Et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti : et quum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet sed condici, nec Dotis actione peti, ut D. Marcus et Imperator noster cum patre rescripserunt. Plane si rerum libellus (1) marito detur, ut Romæ vulgo fieri videmus (nam mulier res quas solet in usu habere in domo mariti, neque in Dotem dat, in libellum solet conferre; eumque libellum marito offerre, ut is subscribat quasi res acceperit; et velut chirographum ejus uxor retinet, res quæ libello continentur, in domum ejus se intulisse) : hæ igitur res an mariti fiant, videamus? Et non puto : non quod non ei tradantur; quid enim interest inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur? sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur : sed magis ut certum sit in domum ejus illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur : et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissæ sint. Videbimus harum rerum nomine si non reddantur, utrum Rerum amotarum, an Depositi, an Mandati mulier agere possit? Et, si custodia marito committitur, Depositi vel Mandati agi potest : si minus, agetur Rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat; aut Ad exhibendum, si non amovere eas connisus est. *d. l.* 9. § 3.

LV. *Definivit etiam Justinianus ut, si aliquorum nominum Paraphernalium cautiones seu instrumenta mulier marito tradiderit, non ideo ullas actiones apud mulierem remaneant : has tamen absque cautione* De rato *movere possit maritus* (2) *: usurasque circa se et uxorem expendere, sortes autem mulieri separare teneatur et in ea re dolum et culpam præstet : sintque eo nomine mulieri pignori nexæ res de quibus convenit ut pignerata essent; sin, habeat ex hac lege mulier hypothecam in rebus mariti, ex quo pecunias exegit.* l. *fin. Cod.* de Pact. convent. sup. dot.

Illud superest observandum, quod districte prohibent Theodosius et Valentinianus : Ne viri ullam in Paraphernalibus invita uxore habeant communionem, nec aliquam ei necessitatem imponant. l. 8. Cod. d. tit.

(1) *Un état desdits Effets.*

(2) Tanquam mulieris procurator. Speciale autem est in hoc casu; ut non exigatur a procuratore cautio *De rato.*

TITULUS IV.

DE PACTIS DOTALIBUS.

CIRCA *Pacta Dotalia quæremus primo, Quando et quid de Dote pacisci liceat, necne; deinde, Inter quas personas Pacta circa Dotem ineunda sint. Postea videbimus quomodo hæc Pacta interponantur : tum de eorum interpretatione. Denique exponentur nonnullæ singulares Pactorum Dotalium species.*

ARTICULUS I.

Quando et quid de Dote pacisci liceat, necne.

I. *De Dote non solum ante nuptias, sed et Pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit,* licet. *l.* 1. JAVOL. LIB. 4. EX CASSIO.

Non quodvis autem pacisci licet circa Dotem, etiam ante nuptias. Hinc Ex Pactis conventis quæ ante nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent (1); ut mulier, Dote promissa, se alat; et, donec nupta sit, dos ab ea non petatur; aut certam summam viro præstet et ab eo alatur; et his similia : alia ad jus pertinent (2); veluti, quando dos petatur, quemadmodum reddatur; in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. Cæterum si convenerit, ne omnino dos petatur, indotata erit mulier (3). *l.* 12. § 1. PAUL. LIB. 35. AD ED.

§ 1. *De Pactis per quæ mulier indotata fieret aut minus dotata.*

II. *Prima species Pactorum quæ circa dotem*

(1) Quæ voluntati paciscentium relinquuntur, et de quibus prout libuerit pacisci possunt.

(2) Quæ Jure seu Lege reguntur, nec pactis privatorum possunt immutari.

(3) Lex autem non patitur ut mulier quæ dotata fuit, fiat indotata, aut minus dotata (infra § seq.) : unde concludendum relinquit tale pactum non valere.

reprobantur, est eorum per quæ mulier indotata fieret.

Enimvero Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint. *l.* 2. *ff. de Jure dot.* PAUL. LIB. 60. AD ED.

Hinc Si convenerit ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneret; Papinianus Juniano Prætori respondit, Morte mariti finito matrimonio, neque convenisse videri dotem remanere (1); et, si convenisset, non esse servandum Pactum contra dotem, quum mariti mortalitas intervenit. *l.* 2. ULP. LIB. 19. AD SABIN.

Similiter Ulpianus : Et ideo si inter virum et uxorem convenerat, ut morte viri soluto matrimonio, filio communi intervenicote, dos apud mariti heredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit : stari Pacto non debet, ob hoc quod dos relegata est. Verum et citra relegationem, hoc probari debet. Nam quod est admissum, posse deteriorem conditionem Dotis fieri intervenientibus liberis; toties locum habet quoties ipsa in matrimonio decedit, vel divortium intervenit (2). *l.* 1. § 1. *ff. de Dot. prœleg.* ULP. LIB. 19. AD SABIN.

Non potest quidem effici per pactum ut soluto superstite muliere matrimonio dos ei non reddatur; quia non debet fieri indotata. Verum Si convenit ut in matrimonio, uxore defuncta, dos penes maritum remaneret; profectitiæ (3) dotis repetitionem hujusmodi Pactum inhibuisse explorati Juris est : cum deteriorem causam dotis, in quem casum soli patri repetitio competit, Pacto posse fieri auctoritate Juris sæpissime sit responsum. *l.* 6. *Cod. de Pact. conventis, etc.* DIOCL. ET MAXIM.

III. *Neque solum si mulier omnino indotata fiat, sed nec valet pactum quo minus dotata fieret.*

Hinc Gordianus quidam Torquatæ ita rescribit : Quamvis pater tuus quum te nuptui collocaret, pactus sit ut, si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars Dotis liberorum nomine retineatur; ejusmodi tamen conventio quo minus actionem integræ Dotis habeas, proficere non potest. *l.* 3. *Cod. de Pact. convent.*

IV. *Sed nec quoad tempus reddendæ Dotis, mulieris conditio Pacto deteriori fieri potest.*

Hinc Paulus : De die reddendæ Dotis hoc Juris est, ut liceat pacisci qua die reddatur : dum ne mulieris deterior conditio fiat. *l.* 14. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Id est, ut citeriore die reddatur. *l.* 15. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest; non magis quam ne omnino reddatur. *l.* 16. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Idem docet Proculus in specie sequenti. « Atilicinus Proculo suo salutem. Cum inter virum et » uxorem pactum conventum ante nuptias factum » sit, ut quibus diebus dos data esset, iisdem di» vortio facto redderetur; post quinquennium quam » nuptiæ factæ sunt, uxor viro dotem dedit. Divor» tio facto, quæro utrum quinquennii die vir uxori » Dotem redderet, an statuto Legibus tempore? »

Proculus respondit : Quod ad diem reddendæ dotis attinet; Pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse. Itaque si cautum est ut propiore tempore quam Legibus constitutum est reddatur; stari eo debere : si ut longiore, nec valere id Pactum conventum. Cujus sententiæ conveniens est dicere, si Pacto convento cautum est, ut quanto serius quæque et post nuptias data fuerit, tanto post divortium reddatur; si propiore quam in reddenda dote constitutum est, data sit, valere Pactum conventum; si longiore, non valere. *l.* 17. PROCUL. LIB. 11. EPISTOL.

Nota : Aliud est, si pater pro filia dotem promisit ut annua, bima, trima, quadrima, quinto anno dos a se redderetur; et convenit ut iisdem diebus dos soluto matrimonio redderetur. Hoc enim Pactum ita valet, si patri filia heres extitisset (4), et interveniente ea (5) Pactum conventum fuerit. *l.* 19. ALFENUS LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOMAT.

Observandum etiam quod, Licet manente matrimonio non possit inter virum et uxorem convenire ut longiore die Dos reddatur; post divortium tamen si justa causa (6) conventionis fuerit, custodiri id Pactum debet. *l.* 18. JULIAN. LIB. 18. DIGEST.

V. *Cum Pacto deterior mulieris conditio circa dotem fieri non possit; hinc merito* Pomponius ait, Maritum non posse pacisci ut dolum solummodo in dotem præstet; videlicet propter utilitatem nubentium : quamvis pacisci possit ne sit periculo ejus, nomen debitoris qui ei dotem promisit (7). Nam et ut sit dos periculo mulieris, pacisci cum posse probat; et per contrarium, ut ea dos quæ periculo mulieris est, sit periculo mariti. *l.* 6. ULPIAN. LIB. 4. AD ED.

VI. *Ex his quæ diximus, facile solvetur quæstio an Pacto permutari dos possit? Nimirum* Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit; si ex pecunia in rem,

(1) Eo scilicet casu quo morte viri solveretur matrimonium.

(2) Culpa mulieris; ut recte notat Cujacius.

(3) Species est in profectitia Dote. In adventitia tale pactum jure Pandectarum esset supervacaneum, cum Jure communi hoc casu vir talem Dotem lucretur : ut videb. infra lib. 24, Tit. *Soluto matrim.*

(4) Nam si heres patri non extitit, et proprio nomine repetat dotem, hæc pactio qua protelata est Dotis repetitio, ei non nocebit : Cujac. Observ. XI. 29. Si vero pater aut filia tanquam heres patris petat Dotem; pactum opponi poterit : nam mulieris quidem jus circa Dotem pacto minui non potest, at patris jus minui nihil vetat.

(5) Pacta circa Dotem profectitiam interveniente filia fiunt.

(6) Puta (ut ait Cujacius) propter sublevandas res adversas mariti.

(7) Delegante hunc debitorem muliere.

aut ex re in pecuniam : idque probatum est. *l.* 26. *ff. de Jure dotium.* MODESTINUS LIB. 1. REGULARUM.

Quod si fuerit factum; fundus vel res Dotalis efficitur *l.* 27. *ff. de Jure dot.* ULP. LIB. 36. AD SABIN.

Consonat Julianus. Si mulier dotis causa promiserit certam summam; et pro ea mancipia in dotem dederit ea conditione ut periculo ejus essent, et, si quid ex his natum esset, ad eam pertineat : stari Pacto convento oportebit. Nam constat posse inter uxorem et virum conveniri, ut dos quæ in pecunia numerata esset, permutaretur, et transferatur in corpora; quum mulieri prodest. *l.* 21. JULIAN. LIB. 17. DIGEST.

VII. *Cum dos permutari possit, quatenus dotis conditio deterior non fit; ergo et pacisci poterunt vir et uxor fundum qui æstimatus in dotem datus fuerat, esse inæstimatum.*

Hinc Scævola : Quum maritus qui æstimata prædia in dotem acceperat, manente matrimonio pactus est circumscribendæ mulieris gratia, ut prædia inæstimata essent : ut sine periculo suo ea deteriora faceret; quæsitum est, an secundum priores dotales tabulas prædia æstimata remanerent, et periculum eorum ad maritum pertineret? Respondi, Non idcirco id Pactum de quo quæreretur, impediri quod in matrimonio factum esset; si deteriore loco dos non esset : nihilominus eo Pacto admisso, si deteriora prædia faceret, eo etiam nomine Dotis eum actione teneri. *l.* 29. LIB. 2. RESPONS.

Ab hoc Pacto ut vir fundum qui ipsi æstimatus in dotem datus est, tanquam inæstimatum habeat, non videtur recedere mulier, dum consentit eum a marito vendi.

Hoc docet Javolenus. Ita ille : Uxor viro fundum æstimatum centum in dotem dederat; deinde cum viro Pactum conventum fecerat, ut divortio facto eodem pretio uxori vir fundum restitueret. Postea volente uxore vir eum fundum duecentorum vendiderat (1), et divortium erat factum. Labeo putat viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenta, vel fundum reddere; neque ei Pactum conventum remitti oportere. Idcirco puto hoc Labeonem respondisse, quoniam voluntate mulieris fundus væniit : alioquin omnimodo fundus erat restituendus. *l.* 32. JAVOLEN. LIB. 6. EX POSTERIORIB. LABEON.

VIII. *Quod hactenus dictum est, Pacta illa non valere ex quibus mulier indotata esset; sic accipe, ut illa pacta non valeant quibus jus mulieris minueretur circa dotem constitutam. Cæterum illa Pacta valent quibus hoc agitur ut Dos non constituatur, vel minus plene constituatur : liberum enim est dotare, necne.*

Hine Si pater filiæ nomine certam pecuniam in dotem promiserat; et pactus est ne invitus eam solveret : nihil ab eo exigendum puto, quia id quod pacto convento ne invitus exigeretur convenerit, in dotis causam esse non (2) videretur. *d. l.* 32. § 1.

§ 2. *De Pactis quæ naturam Dotis subverterent.*

IX. *Secunda Pactorum species quæ circa dotem reprobantur, est eorum quæ dotis naturam subverterent.*

Hinc Et si convenerit ne Ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum : quia tales impensæ dotem ipso Jure minuunt. *l.* 5. § 2. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Hinc quæritur; Si convenerit ut fructus in dotem converterentur, an valeat conventio? Et Marcellus ait libro 8 Digestorum, Conventionem non valere : prope enim indotatam (3) mulierem hoc Pacto fieri. Sed ita distinguit, ut si quidem fundum in dotem dederit mulier ita ut maritus fructus redderet; non esse ratum Pactum : idemque esse, et si usumfructum in dotem hoc Pacto dedit. Quod si convenisset de fructibus reddendis; hoc est, ut in dote essent fructus quosquos percepisset; ut fundus vel ususfructus in hoc traditus est, non ut fundus vel ususfructus fieret dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros; cogendum De Dote actione fructus reddere. Erunt igitur in dote fructus, et fruetur iste usuris quæ ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt. Ego utrubique (4) arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data : ut, si ob hoc ei majorem dotem mulier dedit quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia quæ ex usuris redituum colligitur, posse dici conventionem valere : nec enim videtur sterilis esse dos. Finge quadragena annua esse reditus apud eum qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum : uti boni consuleret (5) tam uberem dotem consecutus. Et quid dicimus si Pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret; et mulier se suosque aleret tueretur ve, et universa onera sua expediret. Quare non dicas

(1) Lex Julia alienationes volente muliere factas non inhibebat Hoc jus postea mutavit Justinianus : ut videb. Tit. seq.

(2) Sensus est (ni fallor) quia tali pacto magis videtur non constituisse Dotem, quod ipsi liberum fuit, quam minuisse jus mulieris in Dote ipsi constituta Ergo nec vir constante matrimonio, nec mulier eo soluto, poterunt ab eo exigere Dotem quam sic promisit; quia ex tali promissione non est proprie constituta Dos. Accursius aliter interpretatur.

(3) Non enim esset Dos, cujus fructus sustinendis matrimonii oneribus non inservirent.

(4) Id est, non solum si in Dote constituenda expressum sit, fructus quos ex fundo vir percipiat in Dotem dari, non ipsum fundum; sed et si hoc non expresserit.

(5) Id est, ita ut debeat sibi *boni consulere* (Gallice *se savoir bon gré.*) Species est : Sors Dotis quadringenta annua parit, quum is sit maritus cui sufficere debeat Dos cujus sors esset duntaxat trecentorum. Utique talis maritus, quamvis non sortem ipsam quæ quadringenta annua parit, sed duntaxat hujus sortis usuras in Dotem accipiat, debet sibi plaudere tanquam valde *uberem Dotem consecutus.*

conventionem valere? *l.* 4. ULPIAN. LIB. 31. AD SABIN.

X. Si inter virum et uxorem convenit ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant; hujusmodi Pactum valet. *l.* 31. SCÆVOLA. LIB 3. QUÆSTION.

XI. *Quod attinet ad fructus qui ante nuptias percipiuntur, cum et citra Pactum, viri lucro non cedant, sed dotem augeant; absque dubio valet Pactum ut vir eos non habeat. Hujusque Pacti hæc vis est, ut minor dos constituatur quam constitueretur si eos haberet.*

Hinc Paulus: Quæris si pacta sit mulier vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus quem dedit in dotem creditor mulieris dimittatur; an valeat Pactum? Dico, Si ante nuptias id convenerit, valere Pactum; eoque modo minorem dotem constitutam (1). Post nuptias vero, cum (2) onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur ut dimittat creditorem, et erit mera donatio (3). *l.* 28. PAUL. LIB. 5. QUÆSTION.

§ 3. *De pactis Dotalibus quæ ad delinquendum invitarent, aut per quæ fraus Legibus fieret.*

XII. *Illa etiam conventionum species circa Dotem merito reprobatur.*

V. G. Illud convenire non potest, ne De moribus (4) agatur, vel plus vel minus exigatur: ne publica coercitio privata Pactione tollatur. *l.* 5. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Ac nec illa quidem Pacta servanda sunt, ne Ob res donatas vel amotas ageretur: quia altero Pacto ad furandum mulieres invitantur, altero Jus Civile (5) impugnatur. *d. l.* 5. § 1.

Hoc ita, nisi interponantur demum post divortium. Nam Ob (6) res quoque donatas vel amotas vel impensas factas, tunc facta Pactio valebit; id est, post divortium. *l.* 20. PAUL. LIB. 35. AD EDICT.

ARTICULUS II.

Inter quas personas Pacta circa Dotem fieri debeant.

XIII. Pacta quæ de reddenda Dote fiunt, inter omnes fieri oportet qui repetere dotem possunt, et a quibus repeti potest; ne ei qui non interfuit, apud arbitrum cognoscentem Pactum non prosit. *l.* 1. § 1. JAVOLEN. LIB. 4. EX CASSIO.

Hinc Quum dos filiæ nomine datur; optimum est, Pactum conventum cum utroque generum facere: quanquam initio dotis dandæ, legem quam velit, etiam citra personam mulieris, is qui dat dicere possit. Si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est; quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset: quo casu, si solus pater pactus esset sine filia (sive solus agat, sive adjuncta filiæ persona) ei soli nocebit et proderit Pactum conventum. Nec (7) si sola filia aget, neque proderit neque nocebit ei. *l.* 7. POMPON. LIB. 15. AD SABIN.

XIV. *Igitur* Quoties pater dotem dat, et stipulatur (8); ita demum in suam personam De dote actionem transfert, si ex continenti stipuletur. Cæterum si interposito tempore stipulari velit (9); nonnisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit: qui deteriorem conditionem in dote filiæ facere non potest, nisi consentiat (10). Plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo (ante nuptias tamen) et citra voluntatem quoque filiæ (11) stipulari. *l.* 29. *ff. Solut. matrim.* ULP. LIB. 3. DISPUTAT.

Similiter Gordianus: Quum a socero tuo pro uxore dos tibi daretur; si ea in stipulationem deducta non est sub tempore dationis, sed postea: socer tuus tecum paciscendo, si id non ex voluntate filiæ suæ fecit, conditionem ejus lædere non potuit. Quandoque enim sola (12) De dote experiens, id Pactum non debere ad sui dispendium operari, de jure defendetur. *l.* 7. *Cod. de Jure dotium.*

Hinc et regulam illam statuit Paulus: Post nuptias pater non potest deteriorem causam filiæ facere; quia nec reddi ei dos, invita filia, potest. *l.* 28. *ff. de Jur. dot.* LIB. 7. AD SABIN.

Eadem obtinent quum extraneus dotem constituit: scilicet Si extraneus de suo daturus sit dotem; quidquid vult pacisci, et ignorante muliere, sicut et stipulari, potest: legem enim suæ rei dicit. Postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet. *l.* 20. § 1. PAUL. LIB. 35. AD ED.

(1) Nam si hoc pactum non intervenisset, fructus ante nuptias percepti auxissent Dotem, fuissent in Dote: Ergo ex hoc pacto, tanto minor sit Dos.

(2) Sensus est: cum fructus post nuptias ad onera matrimonii sustinenda marito acquirantur, maritus paciscendo ut ex his fructibus creditor mulieris dimittatur, paciscitur ut dimittatur de suo.

(3) Quæ constante matrimonio facta valere non potest. Vid. lib. seq. Tit. *De donat. int. vir. et uxor.*

(4) De hac actione vid. infra lib. seq. Tit. *de Divort.*

(5) Quo donationes inter virum et uxorem prohibentur.

(6) Græci legunt; *Ob mores quoque, et ob res donatas, etc.*

(7) Rectior Haloandri lectio: *Sed si.*

(8) *Dotem soluto matrimonio sibi reddi.*

(9) Quidlibet circa dotem.

(10) Imo, etsi consentiat, non valet: ut vidimus Art. præced. Solve: Pactum quo hoc agitur ut deterior causa Dotis fiat, non valet etiam consentiente muliere interpositum: at pactum quo ex eventu duntaxat jus mulieris lædi potest, non nocet quidem mulieri si non consenserit; si consenserit, nocet. Exemplum pone in pactis quibus Dos permutatur.

(11) Nam jus filiæ non quæritur, nisi nuptiis secutis.

(12) Utpote sui juris effecta. Mulier enim sui juris effecta, soluto matrimonio, sola Dotem etiam profectitiam petere potest; nisi pater qui eam dedit, ex continenti aut saltem ante nuptias stipulatus sit eam soluto matrimonio sibi reddi.

XV. *Pactum ex intervallo post dotem constitutam, absente muliere, interpositum non potest quidem ei nocere; sed valere poterit, quatenus mulieris non interesset.*

Hinc Papinianus : Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater [sine (1)] filiæ voluntate, divortio facto dotem dari. Si conditio stipulationis impleatur, et postea filia sine (2) liberis decesserit; non erit impediendus (3) pater quominus Ex stipulatu agat. Viva autem filia, si agere vult, exceptione (4) summovendus erit. *l.* 40. *ff. Sol. matrim.* PAPIN. LIB. 28. QUÆST.

XVI. *Vidimus patrem frustra quid circa dotem profectitiam ex intervallo pacisci, citra voluntatem filiæ cujus interesset Pactum non servari. Vice versa :* Si vero filia sola pacta fuerit, quo Pacto melior conditio patris fiat, proderit et patri : quoniam per filiam patri acquiri potest; per patrem filiæ non potest. Si vero sic pacta sit filia, ut noceat; ipsi quandoque filiæ agenti nocebit Pactum : patri vero nullo modo nocebit, nisi adjecta quoque filiæ persona experiatur. Dicendum est, paciscendo filiam patris conditionem deteriorem facere non posse; eo casu quo, mortua ea in matrimonio, dos ad patrem reversura est. *l.* 7. § *fin.* POMPON. LIB. 15. AD SABIN.

Illud patet quod Quoties patre furente vel ab hostibus capta, filiusfamilias ducit uxorem, filiaque familias nubit; necessario etiam Pactio cum ipsis duntaxat dotis nomine fieri potuit. *l.* 8. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

ARTICULUS III.

De forma Pactorum Dotalium.

§ 1. *Utrum Pacto, an demum per stipulationem possit quis circa Dotem sibi prospicere.*

XVII. *Circa formam Pactorum Dotalium hac in re differt pater qui dotem constituit ab extraneo; quod, quum extraneus in constituenda dote aliquid sibi paciscitur, necesse non est Pactum in stipulationem deduci : secus, quum pater dotem constituit.*

Hinc Maximianus : Avia tua eorum quæ pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres extitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium. Quippe matris Pactum, actionem Præscriptis verbis constituit : patris, Dotis actionem profectitiæ nomine competentem conventione simplici minime creditur innovare (5). *l.* 6. *Cod. de Jur. dot.*

Et quod de avia dictum est, hoc idem rescribunt Severus et Antoninus de quolibet extraneo. Ita illi : Legem quam dixisti, quum dotem pro alumna dares, servari oportet. Nec obesse tibi debet quod dici solet, EX PACTO ACTIONEM NON NASCI. Tunc enim hoc dicimus, quum Pactum nudum est : alioquin, quum pecunia datur (6), et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est Condictio. *l.* 1. *Cod. de Pact. conventis, etc.*

§ 2. *An et quomodo possit Pactum in constituenda Dote interpositum, alteri prodesse quam ei qui constituit.*

XVIII. *Hoc commune habent Pacta Dotalia cum omnibus Pactis; ut utilia non sint nisi quis de se, non de altero, promittat; et nisi quis sibi, non alteri, paciscatur.*

Hinc Diocletianus et Maximianus rescribunt : Si genero dotem dando pro filia pater communis, eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est; nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente Jure (7), quærere potuit actionem. *l.* 26. *Cod. de Jur. dotium.*

Et iidem rursus : Cum patrem pro filia dotem tibi dantem, si post mortem suam in matrimonio constituta rebus humanis eadem eximatur, partem dimidiam dotis Amniæ reddi, pactum proponas : post vero, testamento facto, cum aliis etiam Amniam heredem scripsisse, nec Amniam quidquam Ex stipulatu petere velle sanxisse : si quidem hanc sibi reddi secundum fidem Pacti stipulatam Amniam non probetur, ex alieno Pacto non prorsus ei ulla competit actio. Si vero ex ea verborum conceptione sibi Amnia quæsivit obligationem, ac tibi testatorem prospexisse probetur (8); contra eam Ex stipulatu post eventum conditionis (9) petentem, quatenus accepit ex defuncti voluntate quæ fuit stipulata, exceptione (salva Falcidia) uti potes (10). *l.* 29. *Cod. d. tit.*

(1) Hanc vocem *sine* quæ in codice Florentino deest, textui restituendam esse probat Cujacius ex duobus locis Basilicon.

(2) Nam si liberos reliquisset filia; non posset pater ex hac stipulatione solidam dotem repetere, quia quintæ in singulos liberos retineri poterant.

(3) Sub eo prætextu quod sine filiæ voluntate stipulatus sit; cum jam nihil intersit filiæ quæ defuncta est.

(4) Hujus exceptionis formula refertur in Basilic. *At si non post contractas nuptias male stipulatus es sine voluntate filiæ.*

(5) Differentiæ ratio est quod, cum ad officium patris pertineat dotare filiam, non tam facile ei licere debet Dotem filiæ præripere, et sibi recipere.

(6) Pecuniæ numeratio quæ intervenit, efficit ut pactum non sit nudum, sed transeat in contractum innominatum : ut vid. supra lib. 2. Tit. *de Pact.* N. 4 et 31.

(7) Ea scilicet Juris regula, quæ non sinit aliquem alteri pacisci posse.

(8) Id est, tui contemplatione testatorem præcepisse ne Amnia a te Dotem repeteret.

(9) Filiæ scilicet post mortem patris in matrimonio mortuæ.

(10) Hac nimirum exceptione; quod testator tibi per fideicommissum reliquisse videatur ut illa a te non peteret.

Similiter Gordianus : Pactum Dotale quo matrem convenisse cum patre tuo proponis, ut si in matrimonio decessisset, tibi et fratribus tuis dos restitueretur; si stipulatio ex persona vestra, cum in potestate patris constituti non (1) essetis, minus legitima intercessit; defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quærere non potuit. Sed si obligatione verborum rite intercedente dotis petitionem habere potuisti, maxime (2) si adhuc vinculis potestatis patriæ non attingeris, petitionem exequi non prohiberis. *l.* 4. *Cod. de Pact. conventis, etc.*

XIX. *Quamvis qui dotem constituit, non possit quid circa eam utiliter alteri pacisci; tamen favorabiliter receptum est ut si ipsi mulieri id pacisceretur, sustineretur Pactum. Hoc docet Paulus in specie sequenti.* Gaius-Seius avus maternus Seiæ nepti, quæ erat in patris potestate, certam pecuniæ quantitatem dotis nomine, Lucio-Titio marito dedit et instrumento dotali, hujusmodi Pactum et stipulationem complexus est : « Si inter » Titium-Lucium maritum et Seiam divortiom » sine culpa mulieris factom esset, dos omnis Seiæ » uxori, vel Gaio-Seio avo materno redderetur, » restitueretur que ». Quæro cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit, et Seia postea sine culpa sua diverterit, vivo patre suo, in cujus potestate est; an, et cui actio ex hoc Pacto Ex stipulatione competat? Et utrum heredi avi materni Ex stipulatu, an nepti?

Respondi : In persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam; quoniam avus maternus ei stipulatos proponitur : quod cum ita est; heredi stipolatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum et Seiæ posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si Sibi aut illi dari avos stipulatus esset. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem. Favore enim nuptiarum, et maxime propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est. *l.* 45. *ff. Sol. matrim.* Paul. lib. 6. Quæst.

XX. *Observandum quod, licet is qui dotem constituit, non possit quid circa eum alteri pacisci aut stipulari, potest tamen (ut jam supra vidimus) adhibere eum cui vult dotem reddi ut ipse stipuletur.*

Hinc Antoninus : Si stipulatio de restituenda portione dotis datæ subjecta est, conditioque ejus extitit : habet ex ea actionem is in cujus persona utiliter concepta commissaque est. Secundum quod, si Polla soror tua de restituenda sibi parte dotis habet actionem, eo quod mater vestra donandi animo passa est partem dimidiam dotis post obitum matris filiam stipulari; metuere non debet Doli exceptionem, quod matri suæ quæ Pactum interposuit, heres ex minore quam dimidia portione extitit. *l.* 2. *Cod. de Jur. dot.*

Ita tamen hanc exceptionem non metuet; Nisi liquido probatum fuerit, matrem ejus mutasse Dotis Pacti voluntatem; contentamque esse voluisse filiam suam, pro portione hereditatis, prælegationibus; maritumque suum actione liberari voluisse. *d. l.* 2. *Cod. de Jur. dot.*

XXI. *Mulier quæ aliquem adhibuit ut stipularetur dotem in casum quo ipsa in matrimonio moreretur, potest voluntatem mutare, et maritum suum liberare: non solum si hunc stipulatorem adhibuit duntaxat ut mandatarium, sed etsi animo ei mortis causa donandi eum adhibuit.*

Hoc docet Paulus. Ita ille : Seia quum nuberet Lucio Titio, dedit dotis nomine centum aureos; et adhibuit Quintum-Mucium qui nihil numeravit, sed dotem stipulatus est Si morte mulieris solutum fuerit matrimonium. Seia moriens testamento suo ita cavit : « Lucio-Titio marito meo cui maxi» mas gratias ago, dari volo super dotem quam ei » dedi, tot aureos». Quæro, quum instituit Lucium-Titium convenire Quintus-Mucius Ex stipulatu actione; an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti? Respondit, Si, Quintus-Mucius mandante Seia, non donationis causa, stipulatus est; heredibus mulieris eum teneri (3) : et ideo (4) Q. Mucium exceptione repellendum esse. Quod si donationis causa Seia stipulari permisisset; videri eum in eum casum qui morte mulieris extitit, mortis causa stipulatum : et ideo fidei ejus committi potuisse (5) in eum casum, dicendum fore. *l.* 11. *ff. de Dot. prælég.* Paul. lib. 7. respons.

Consonat quod alibi idem Paulus respondit, Si mulier de suo dotem dedit, et adhibuit matrem quæ stipularetur, potuisse eam postea instrumentum dotale mutare (6). *l.* 72. § *fin. ff. de Jur. dot.* Paul. lib. 31. ad Sabin.

XXII. *Non videtur autem mulier mutasse voluntatem circa eum quem ad stipulandum Dotem adhibuit, ex eo solo quod res dotales legaverit, vel servis dotalibus libertatem reliquerit.*

Hoc docet Scævola. Mulier de Dote quam dedit, pacta est ut, si in matrimonio decessisset, fratri ejus redderetur : isque in eum casum stipulatus est.

(1) Igitur duo requirit, ut ex hoc pacto liberis jus quæri potuerit : 1.° ut ipsi liberi id a patre fuerint stipulati; 2.° ut quum stipulati sunt, non fuerint in potestate patris.

(2) Hæc vox *maxime*, abundat; et male irrepsit in textu. Vel accipienda est pro *ita demum*; ut Cujac. notat ad h. l.

(3) Ut eis cedat actionem ex stipulatione adversus maritum mulieris quam ex causa mandati habet; vel pecuniam quam ex illa actione consecuturus est.

(4) *Et ideo Q. Mucium*, cum sit debitor hereditati mulieris, potuisse a muliere gravari fideicommisso illo, Ne a marito peteret (ut videb. infra ad Tit *de Legatis* Part. 1. Art 6) : adeoque si petat, posse eum repelli a marito exceptione ex illo fideicommisso.

(5) Ne a marito mulieris peteret.

(6) Jubendo ut nihil a viro suo exigeretur. Nam aut matrem adhibuit tanquam mandatariam duntaxat; quo casu potuit mandatum revocare : aut animum habuit ei mortis causa donandi; quo casu potuit eam gravare fideicommisso *ne a viro peteret.*

Mulier decedens quasdam res dotales marito legavit, et aliis: quosdam ex servis dotalibus manumisit. Quæsitum est an maritus earum rerum nomine quas legavit mulier, et servorum quos manumisit, fratri tenetur? Respondi, Nihil proponi cur non teneretur (1), cum etiam heredes defunctæ tam legatariis quam libertatibus obnoxii (2) sint. *l.* 29. § 2. Scævola. lib. 2. respons.

ARTICULUS IV.

De Pactorum Dotalium interpretatione.

Prima Regula.

XXIII. *Circa interpretationem Pactorum Dotalium hæc maxime est observanda regula:*

In ambiguis, pro Dotibus respondere melius est. *l.* 70. *ff. de Jur. dot. et l.* 85. *de Reg. Jur.* Paul. lib. 6. quæst.

Hinc Si convenerit ne a muliere, neve a patre Dos petatur; heres non habebit exceptionem (3). Sed si convenerit ne manente matrimonio vivo patre petatur; mortuo patre, statim exigitur: et, si non petierit maritus, tenebitur hujus culpæ nomine, Si Dos exigi potuerit; nisi forte ante diremptum sit matrimonium, quam facultatem petendi haberet. *l.* 20. § 2. Paul. lib. 35. ad Ed.

Similiter Ulpianus: Quum pater dotem pollicitus fuerit; et paciscatur ne se vivo petatur, neve constante matrimonio, Dos petatur; ita Pactum interpretandum D. Severus constituit; quasi adjectum esset, Se vivo. Hoc enim ita accipiendum esse, contemplatione paternæ pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur: ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet; quodque indignissimum est, inducat ut non habuisse dotem æstimetur. Quo Rescripto hoc effectum est ut, si quidem vivo patre decesserit filia, aut sine culpa sua divorterit; omni modo dos peti non possit; constante autem matrimonio, mortuo patre, peti possit. *l.* 11. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Altera Regula.

XXIV. *In Pactis quæ circa Dotem fiunt, hæc quoque servanda est regula:*

Quæ *in unum casum concepta sunt, ad alios casus trahi non debent nec ad alias nuptias.*

V. G. Pater, si filia nupta mortem obisset, Dotem dari stipulatus est. Constante matrimonio capitali crimine damnatus (4): est divortio secuto, vel morte viri soluto matrimonio, stipulationis conditio deficit (5). Quod si mulier in matrimonio decesserit, Ex stipulatu fisco Dotis actio quæreretur. Post verum autem divortium renovatis nuptiis, non committitur fisco stipulatio, licet defuncta sit in matrimonio filia: quoniam ad primas nuptias pertinet. *l.* 26. § 5. lib. 4. respons.

Casum mortis mulieris, ad casum divortii non trahi docet pariter Tryphoninus in specie sequenti. Bæbius-Marcellus Bæbio-Maryllo dotis filiæ suæ nomine centena promiserat; et convenerat inter eos, ne ea Dos constante matrimonio peteretur: vel, si post mortem patris in matrimonio sine liberis filia decessisset, ut dimidia dos apud Maryllum remaneret, dimidia fratri mulieris restitueretur; eaque etiam in stipulationem deducta erant. Mortuo Marcello, filio et filia superstitibus, dote universa filiæ prælegata, Maryllus nata filia diverterat; et mulier decesserat, fratre suo et filia ex partibus æquis heredibus relictis. Apud Petronium-Magnum Prætorem Maryllus ab herede filio Marcelli, Ex Dotis promissione universam dotem petebat: illa conjectura qua, si inter duos placuisset, nullo filiorum extante, mortua muliere, partem Dotis remanere apud maritum; magis convenisset utique totam ejus Dotem esse, si filium filiamve habuisset (6). Ex diverso respondebatur, Pacti quidem vulgaris (7) exceptionem etiam heredi proficere: sed in specie quæ proponitur, non quasi heres mulieris ex persona defunctæ se exceptione Parti tuebitur (8); sed ipse erat ille qui etiam viva muliere, si ab eo Dos peteretur, potuisset ea exceptione Maryllum (quia divortium factum erat) sum-

(1) Non videtur ergo mutasse voluntatem quam habuit donandi fratri.

(2) Tenebuntur igitur heredes defunctæ redimere res a fratre, ut eas legatariis præstent; et servos, ut ipsis libertatem dent.

(3) Scilicet quamvis non expressum fuerit ne a muliere *sola*, vel ne a patre *solo* vir Dotem sibi promissam petere posset; tamen favore dotis interpretamur Pactum esse personale, nec ad heredem transire.

(4) Et sic bona ejus, et jus hujus stipulationis, transiverunt ad fiscum.

(5) Quia collata est in casum quo morte mulieris solveretur matrimonium; nec ad alios casus debet trahi.

(6) Sic argumentabatur maritus: Frequens est conventio, ut in gratiam liberorum ex matrimonio susceptorum Dos mortua muliere cedat lucro mariti. In præsenti specie convenit ut, etsi sine liberis decederet, lucro mariti cederet. Ergo mens paciscentium fuit ut a fortiori cederet, cum liberi ex matrimonio suscepti essent.

(7) Cujacius putat hic intelligi pactum ut, si mulier in matrimonio sine liberis decederet, dos apud virum remaneret. Pactum illud, *vulgare* appellat Jurisconsultus quia frequens est. Ait autem, *heredi proficere;* scilicet quia heres potest ex hoc pacto pro se argumentari adversus maritum. Et quidem sic argumentabitur: Hoc pactum conceptum est in casum quo in matrimonio mulier decederet; hic casus non extitit, si quidem divortium factum est: ergo frustra Maryllus hoc pacto nititur ut Dotem petat, cum contra ipsi adversetur.

(8) Filius Marcelli idemque frater mulieris hac exceptione petita ex interpretatione hujus pacti se defendet, si conveniatur ut heres Marcelli; quemadmodum et se defendisset, etiamsi viva muliere conventus fuisset. Se autem (inquam) ita defendet, si conveniatur ut heres Marcelli, non si conveniatur *ex persona defunctæ* id est *quasi heres* sororis suæ: nam alia in promptu defensio esset, quod mulier nec promisit Dotem nec promissori heres fuit.

movere (1); eamdemque defensionem etiam post mortem sororis suæ retinebat. Itaque placuit eum ab ea petitione absolvi: nulla, ex hac Sententia, facta derogatione fideicommissi petitioni, quam jure hereditario per filiam heres uxoris Maryllus in parte dimidia habebat (2). *l.* 30. TRYPHONIN. LIB. 10. DISPUT.

Quod si in fraudem ejus qui Dotem quam pro muliere dederat, sibi in casum mortis mulieris reddi pactus esset, factum divortium intervenisset; ea res ei non noceret quominus Dotem repetere posset: ut rescribunt Diocletianus et *Maximianus in l.* 3. *Cod.* de Repud.

XXV. *Vidimus Pacta in casum soluti morte mulieris matrimonii collata, non trahi ad casum veri divortii. Vice versa* Pacta conventa quæ in divortii tempus collata sunt, non facto divortio, locum non habent. *l.* 3. PAUL. LIB. 3. AD SABIN.

Igitur Si quum Dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit; vel in divortium, vel in mortem: dicendum est, in eum casum in quem non pepigit, esse mulieri actionem. *l.* 22. *ff. Solut. matrim.* ULP. LIB. 39. AD ED.

XXVI. *Quod si indefinite in casum soluti matrimonii pactum est; omnes casus quibus matrimonium solvi potest, Pacto contineri definitum est. Ita* Paulus ex libris sex lib. 1. Imperialium Sententiarum in cognitionibus prolatarum.

Quum quærebatur an verbum SOLUTO MATRIMONIO DOTEM REDDI, non tantum divortium sed et mortem contineret; hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentiant? Et multi putabant hoc sensisse: et quibusdam aliis contra videbatur. Secundum hoc motus Imperator pronunciavit, id actum eo Pacto ut nullo casu remaneret Dos apud maritum. *l.* 240. *ff. de Verb. signif.*

Idem ait: Si quis sic stipuletur a marito SI QUO CASU TITIA TIBI NUPTA ESSE DESIERIT, DOTEM DABIS? Hac generali commemoratione, et ab hostibus capta ea, committetur stipulatio; vel etiam si deportata (3) fuerit vel ancilla effecta: hac enim conceptione omnes hi casus continentur.

Plane (4) quantum veniat in stipulatione; utrum quasi mortua sit, an quasi divortium fecerit? Humanius quis id competere dixerit quod propter mortem conveniret (5). *l.* 56. *ff. Solut. matrim.* PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

ARTICULUS V.

De quibusdam singularibus Pactorum Dotalium speciebus.

§ 1. *De Pacto lucrandæ Dotis.*

XXVII. *Vulgare est Pactum quo vir paciscitur ut soluto, morte mulieris, matrimonio, Dotem aut partem Dotis retineat; quæ alioquin, quum profectitia est, patri restituenda est.*

Hoc pactum solet fieri, in casum quo liberi ex matrimonio suscepti fuerint. Hæc tamen conditio non suppletur. Hinc Si pater dotem dederit; et pactus sit ut, mortua in matrimonio filia, Dos apud virum remaneret; ut puto Pactum servandum, etiamsi liberi non interveniant. *l.* 12. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Circa hanc autem susceptionis liberorum conditionem, quum huic Pacto adjicitur, observandum est 1.° *quod* Si inter virum et uxorem pactum est, ut certa pars Dotis vel tota ob unum vel plures liberos intervenientes retineatur: etiam eorum liberorum nomine qui ante nati sunt, quam Dos daretur aut amplietur, conventio rata est. Nam sufficit eos ex eo matrimonio nasci, in quo dos data est. *l.* 24. FLORENTIN. LIB. 3. INSTITUTION.

Observandum 2.° *quod* Si dotali instrumento ita stipulatio interposita sit, ut LIBERORUM NOMINE Dos apud maritum resideat; nepotum quoque nomine Dos retinebitur. *l.* 48. *ff. Solut. matrim.* CALLISTR. LIB. 2. QUÆST.

XXVIII. *Hoc Pactum, etiam per consequentias inducitur. Enimvero* Quum inter patrem et generum convenit, ut in matrimonio sine liberis defuncta filia, Dos patri restituatur; id actum inter contrahentes intelligi debet ut liberis superstitibus filia defuncta, Dos retineatur. *l.* 26. § 2. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

Imo additamentum Dotis sub iisdem Pactis constitutum videtur, sub quibus constitutum est quod ab initio in Dotem datum est, nisi expresse aliter convenit. Hoc est quod statim subjicit Papinianus: Nec separabitur portio Dotis additamenti causa data, si postea nihil aliud conveniat. *d.* § 2.

§ 2. *De Pacto reddendæ Dotis.*

XXIX. *Quum Dos adventitia est, quam Jure com-*

(1) Scilicet eum divortio secuto Dos jam ipsum non spectet, nec ipsi prosit stipulatio qua illam apud se remanere stipulatus est, *si in matrimonio uxor sine liberis decessisset*; cum conditio defecerit, et non in matrimonio decesserit.

(2) Uxor enim Marylli, filiam Marylli ex dimidia heredem instituerat, hereditatemque filia Marylli pro hac dimidia patri suo quæsiverat, jure potestatis; in qua hereditate invenitur fideicommissum Dotis quam Marcellus filiæ suæ reliquerat.

(3) Nec retinuerint animum perseverandi in matrimonio. Nam si hunc retineant, deportatione non solvitur matrimonium: ut videb. infra lib. 24. Tit. *de Divort.*

(4) Jam finge pacto generaliter (ut modo relatum est) concepto adjectam esse hanc clausulam: *Et quidem si divortio nupta esse desierit, totam reddes; si morte, dimidiam.*

(5) Casus servitutis et deportationis, magis accedit ad casum mortis quam ad casum divortii.

muni vir soluto morte mulieris matrimonio lucratur; paciscitur interdum mulier Dotem soluto matrimonio sibi reddi. Cujus conventionis effectus est, ut ea in matrimonio defuncta non cedat Dos lucro viri, sed heredibus mulieris reddi debeat (1).

Interdum etiam qui pro muliere Dotem dedit, de ea sibi reddenda paciscitur: quo casu ipsi stipulatori, non mulieri reddi debet.

Unde Si quis pro muliere Dotem dederit; convenerítque ut quoquomodo diremptο matrimonio, ipsi solveretur, postea maritus uxori Dotem solverit: rectissime dicetur, exactionem nihilominus ei qui dedit contra maritum competere. *l.* 29. § 1. *ff. Solut. matrim.* ULPIAN. LIB. 3. DISPUT.

XXX. *Circa hanc conventionem reddendæ Dotis, observa quod rescribit Gordianus*: Etiamsi non Dotem reddi sibi mater, sed ea quæ in dotem data sunt ut eam sequerentur vel ad se pertinerent, in matrimonio defuncta filia, stipulata sit: durante matrimonio filia decedente, actionem Ex stipulatu videri quæsitam, æquissimum esse judicamus: Cui consequens est, ut etiam id quod additamenti causa in Dotem datum est, eadem actione repetatur. *l.* 8. *Cod. de Jur. dot.*

Observandum superest, id Quod de reddenda Dote si data fuisset, mortua in matrimonio filia, convenit; idem de non petenda quoque videri convenisse (2): ac patrem Pacti conventi exceptionem nanctum, ad heredem suum transmisisse. *l.* 25. ULP. LIB. 1. RESPONS.

§ 3. *De Pactis circa fundum æstimatum in Dotem datum interpositis.*

XXXI. Si fundo æstimato in Dotem dato pacta sit mulier ut quanto pluris vænierit, id in dote sit; Mela ait id servandum: cum et ex contrario convenire possit, ut si minoris vænierit, ipsa debeat. *l.* 12. § 3. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Si pacta sit mulier ut, sive pluris, sive minoris fundus æstimatus vænierit, pretium quanto res vænierit in Dote sit; stari eo Pacto oportet: sed si culpa mariti minoris vænierit, et id ipsum mulierem consequi. *d. l.* 12. § 4.

Item si non vænierit, æstimatio præstari debebit. *l.* 13. JULIAN. LIB. 17. DIGEST.

(1) Jure Justinianeo, quo jam Dos lucro viri non cedit (ut videb. lib. seq. Tit. *Solut. matrim.*) hoc pactum supervacaneum est.

(2) Si nondum soluta esset.

TITULUS V.

DE FUNDO DOTALI.

I. Lege Julia de ADULTERIIS (1) cavetur ne Dotale prædium maritus invita muliere alienet. PAUL. SENT. *lib.* 2. *tit.* 24. § 4.

Hoc Legis Juliæ caput confirmavit et ampliavit Justinianus.

Circa hanc materiam tria potissimum quærenda sunt: 1.° *Cujus rei alienatio Lege Julia et Constitutione Justiniani prohibeatur*; 2.° *Quæ alienatio prohibeatur*; 3.° *Quibus casibus.*

ARTICULUS I.

Cujus rei alienatio ex Lege Julia et ex Constitutione Justiniani prohibeatur.

II. *Lex Julia Dotalis prædii alienationem prohibet.* Dotale prædium accipere debemus, tam urbanum quam rusticum. Ad omne enim ædificium Lex Julia pertinebit. *l.* 13. ULP. LIB. 5. DE ADULTERIIS.

Et quidem Prædii appellatione etiam pars continetur. Proinde sive totum prædium in Dotem sit datum, sive pars prædii, alienari non poterit; et hoc Jure utimur. *d. l.* 13. § 1.

Cæterum Italica duntaxat prædia Lex Julia complectebatur. Justinianus autem hujus Legis prohibitionem et ad provincialia porrexit. l. *fin.* § 15. *Cod.* de Rei uxor. act.

III. *Observandum hujus demum prædii Dotalis alienationem prohiberi, quod vir in specie reddere mulieri cogi potest.*

Hinc Africanus, Quod si Fundus in dotem æstimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit alienari Fundum posse; quod si arbitrio mariti sit, contra esse. *l.* 11. LIB. 8. QUÆST.

Consonat quod rescribunt Severus et Antoninus, Si æstimata prædia in Dotem data sunt, et convenit ut electio mulieri servetur; nihilominus Lex Julia locum habet. EST AUTEM ALIENATIO, OMNIS ACTUS PER QUEM DOMINIUM TRANSFERTUR. *l.* 1. *Cod. h. t.*

(1) Hanc esse Legem Juliam DE ADULTERIIS, non solum hic disertus textus probat, sed etiam inscriptiones legum 2. 6. 12. 13. et 14. h. tit. ut mirum sit Jac. Gothofredum censere hanc Legem non esse Juliam DE ADULTERIIS, sed Juliam DE MARITANDIS ORDINIBUS. Ut ut sit, hoc parum interest.

IV. *Jam videndum quis fundus dicatur Dotalis. Non solum si ipsa mulier, sed* [redacted] mulieris nomine quis fundum in dotem de[redacted]Dotalis Fundus erit: propter uxorem enim [redacted]etur is fundus ad maritum perveuisse. *l.* 14. § 1. PAUL. LIB. 3. DE ADULTERIIS.

Item Si fundum legatum sibi, dotis causa mulier repudiaverit, vel etiam substituto viro, omiserit hereditatem vel legatum; erit Fundus Dotalis. *d. l.* 14. § *fin.*

Item Africanus ait; Si marito debitori fundi id quod debet doti mulier promiserit, Dotalem Fundum effici. *l.* 9. LIB. 8. QUÆST.

In eadem autem specie qua mulier viro promittit hoc quod ipse debet, docet idem Africanus interdum in pendenti esse an Fundus In dotem constitutus sit; adeoque an sit Dotalis : V. G. Quod si ei promittat qui fundum aut decem debuit, in arbitrio esse mariti quid in dote sit. *d. l.* 9. § 1.

Quod si Stichum aut fundum debuit maritus; et quod debet, doti ei promissum sit: Sticho mortuo, Fundum in Dotem esse (1). *d. l.* 9. § 2.

His consequens esse ait, ut si Cornelianum aut Sempronianum Fundum debenti; id quod debet Doti promissum sit; utrum eorum Dotalem esse malit, hunc dotis esse. Plane utrum velit, alienaturum; alterum alienari non posse. Si tamen alienatum rursus redimat; adhuc in ejus potestate est, an eum quem retinuisset, alienari velit. *d. l.* 9. § 3.

Erit ergo potestas Legis ambulatoria; quia Dotalis fuit obligatio. Numquid ergo etiam illo nondum redempto, alterum quoque alienare possit; quia potest alterum redimere? an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? Certe ex post facto videbitur recte alienatus, illo postea redempto. *l.* 10. PAUL. LIB. 5. QUÆST.

V. *Hactenus de Fundo qui in Dotem constitutus est. Idem dicendum de illo qui in causa rei Dotalis est. Causa autem rei alicujus dicitur, quidquid per illam rem nobis acquiritur* (2).

Igitur V. G. Fundus dotali servo legatus, ad Legem Juliam pertinet quasi Dotalis. *l.* 3. PAUL. LIB. 36. AD ED.

VI. *Superest ut videamus quando prædium quod in dotem constitutum est, incipiat esse Dotale.* Dotale prædium sic accipimus, quum dominium marito quæsitum est; ut tunc demum alienatio prohibeatur. *l.* 13. § 2. ULP. LIB. 5. DE ADULTERIIS.

Hinc Si Fundum alienum mulieri debeat maritus, eumque mulier ei dotis nomine promiserit; in pendenti erit: et tunc fiet Dotalis, quum ad eum pervenerit. *l.* 14. § 2. PAUL. LIB. 13. DE ADULTERIIS.

Hinc etiam : Si Fundum quem Titius possidebat bona fide, et longi temporis possessione poterat sibi quærere, mulier ut suum marito dedit in Dotem; eumque petere neglexerit vir, quum id facere (3) posset; rem periculi sui fecit. Nam licet Lex Julia quæ vetat Fundum Dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi acquisitionem (4); non tamen interpellat eam possessionem quæ per longum tempus fit; si antequam constitueretur Dotalis, jam cœperat (5).

Plane (6) si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito. *l.* 16. TRYPHONIN. LIB. 11. DISPUT.

Observandum est, Fundum ad virum pervenire videri et Dotalem fieri; sive ipsi, sive alteri ejus voluntate tradatur.

V. G. Si, nuptura Titio voluntate ejus Fundum Dotis nomine Mævio tradit; dos ejus conditionis erit, cujus esset si ipsi Titio fundum tradidisset. *l.* 14. PAUL. LIB. 3. DE ADULTERIIS.

VII. *Fundus non solum quum ad virum, sed et quum ad sponsum nuptiis nondum secutis pervenit, jam intelligitur Dotalis.*

Enimvero Lex Julia quæ de Dotali prædio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est ut etiam de sponso idem Juris sit quod de marito. *l.* 4. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Item Etiam dirempto matrimonio, Dotale prædium esse intelligitur. *l.* 12. PAPIN. LIB. 1. DE ADULTERIIS.

ARTICULUS II.

Quæ alienatio Fundi Dotalis prohibeatur.

VIII. *Non solum ea alienationis species prohibetur, per quam dominium transfertur, ut supra obiter vidimus N. 3; Sed etiam* Julianus libro 16 Digestorum scripsit, Neque servitutes Fundo debitas posse maritum amittere (7), neque ei alias imponere. *l.* 5. ULP. LIB. 2. DE OMNIBUS TRIBUNALIS.

Sed nec libertas servitutis urbano prædio Dotali debitæ competit (8); ne per hoc deterior conditio prædii fiat. *l.* 6. ULP. LIB. 5, DE ADULTERIIS.

IX. *Ea tamen alienatio Fundi Dotalis non prohibetur, quæ ex necessitate fit.*

Ergo Interdum Lex Julia de Fundo Dotali cessat:

(1) Quia solus remanebat in obligatione.

(2) V. G. partus ancillæ et quicquid per servos acquiritur.

(3) Scilicet cum mulier ei hac de causa mandasset actionem Vindicationis quæ ipsi competebat, aut ei mandare semper parata fuisset.

(4) Id est, ad impediendam illam acquisitionem Fundi Dotalis quæ per usucapionem aut longi temporis possessionem contingeret.

(5) Nam cum hoc casu fundus qui usucapitur, nondum factus fuerit Dotalis; hujus usucapio prohibitione Legis Juliæ quæ Fundi Dotalis alienationem prohibet, non continetur.

(6) Refer ad id quod supra dixit; *rem periculi sui fecit.*

(7) Non utendo.

(8) Si passus sit vicinum per tempus legitimum contra jus servitutis ædificatum habere.

V. G. Si ob id quod maritus Damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem Dotalis prædii, deinde jussus sit possidere. Hic enim, dominus vicinus fit; quia hæc alienatio non est voluntaria. *l.* 1. PAUL. LIB. 36. AD Eo.

Idem dic de alienatione quæ fit per judicium Communi dividundo, *ad quod maritus provocatur.*

Nam Mariti qui Fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad Communi dividundo judicium provocare non possunt; licet ipsi possint provocari (1). *l.* 2. *Cod. h. t.*

X. *Maxime autem eas alienationes Lex Julia non impedit quæ potestate Juris fiunt.*

Talis est 1.° *servitutis confusio. Sed hoc casu mulieri succurritur.*

Hinc Julianus : Si maritus fundum Titii servientem Dotali prædio acquisierit, servitus confunditur. Sed si eumdem Titio reddiderit (2) sine restauratione servitutis, hoc marito imputabitur; et hoc casu maritus litis æstimationem præstabit. Quod si maritus solvendo non erit, utiles actiones adversus Titium mulieri ad restaurandam servitutem dantur. *l.* 7. JULIAN. LIB. 16. DIGEST.

Sed quum uxor Fundum; cui prædia viri servitutem debebant, in Dotem dat; Fundus ad maritum pervenit amissa servitute : et iden non potest videri per maritum jus Fundi deterius factum. Quid ergo est? Officio De dote judicantis continebitur, ut redintegrata servitute jubeat Fundum mulieri vel heredi ejus reddi. *d. l.* 7. § 1.

2.° Sed et per universitatem transit prædium secundum quod possibile est, ad alterum; veluti ad heredem mariti. *l.* 1. § 1. PAUL. LIB. 36. AD ED.

Nota : Cum suo tamen jure, ut alienari non possit. *d.* § 1.

Hinc Si maritus fuerit in servitutem redactus (3), an dominus alienare hunc Fundum non possit? Quod puto esse verius. *l.* 2. ULPIAN. LIB. 5. DE ADULTERIIS.

Quare et si ad fiscum pervenerit (4), nihilominus venditio Fundi impeditur : quamvis fiscus semper idoneus successor sit, et solvendo. *d. l.* 2. § 1.

XI. *Ea etiam alienatio Lege Julia non prohibetur, quæ ex consensu mulieris fit.*

At vero Soceri (5) voluntas in distrahendo Dotali prædio nulla est. *l.* 12. § 1. PAPIN. LIB. 1. DE ADULTERIIS.

Sed nec ex consensu mulieris pignus Fundi Dotalis Lege Julia permittitur, quia proniores sunt mulieres ut hypothecæ consentiant.

Ex Lege autem Justiniani, non magis ad alienationem quam ad pignus, mulieris consensus valet. *l.* 2. *Cod. de* ... uxor. act.

ARTICULUS III.

Quibus casibus alienatio Fundi Dotalis irrita sit.

XII. Toties autem non potest alienari Fundus, quoties mulieri actio De Dote competit, aut omnimodo competitura est. *l.* 3. § 1. PAUL. LIB. 36. AD ED.

Cæterum si mulieri competiit ; Heredi quoque mulieris idem auxilium præstabitur, quod mulieri præstabatur. *l.* 13. § 3. ULP. LIB. 5. DE ADULTERIIS.

Quum autem Fundum Dotalem maritus vendidit et tradidit; si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit; Fundus emptori avelli non potest. *l.* 17. MARCIAN. LIB. 7. DIGEST.

Hoc est quod ait Papinianus : Quum vir prædium Dotale vendidit scienti vel ignoranti rem Dotis esse; venditio non valet : quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. *l.* 42. *ff. de Usucap.* PAPIN. LIB. 3. QUÆST.

Obiter nota : Idem Juris est quum is qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit. *d. l.* 42.

XIII. *Sed et quum mulier viro fuit superstes : si legatum, quod vir ei reliquit ut illud vice Fundi Dotalis haberet, agnovit ; confirmatur alienatio Fundi Dotalis, ita ut emptor exceptione* Doli *possit se tueri adversus mulierem quæ Fundum vindicaret.*

Hoc videre est in specie sequenti. Qui Dotale prædium contra Legem Juliam vendidit, uxori legatum dedit; et emptoris fideicommisit ut AMPLIUS ei pretium restituat. Emptorem fidei commisso non teneri constabat (6). Si tamen accepto legato, mulier venditionem irritam faceret; eam, oblato pretio, Doli placuit exceptione summoveri (7). *l.* 77. 5. *ff. de Legatis* 2. LIB. 8. RESPONS.

Valet etiam legatum Fundi Dotalis quod ab uxore, quam heredem instituit, vir relinqueret ; quatenus tamen in hereditate invenerit unde dos suppleatur : ut in hac altera specie.

Si uxore herede instituta Fundus Dotalis fuerit legatus; si quidem deductis legatis mulier quantitatem Dotis in hereditatem habitura est, valet legatum : si minus; an non valeat quæritur? Scævola, Etsi non totus, sed vel aliqua pars ex eo vindicari possit, si modo aliqua pars ad Dotem supplendam desit, id duntaxat ex eo remanere apud mulierem ait quod quantitati Dotis deest. *l.* 13. § 4. ULP. LIB. 5. DE ADULTERIIS.

(1) Nam quum provocantur, alienatio non est voluntaria.

(2) Idem est si cuivis alteri eum revendiderit.

(3) Puta, revocatus a patrono in servitutem ut ingratus.

(4) Substantiæ mariti publicatione.

(5) Patris mulieris.

(6) Scilicet si mulier legatum sibi a viro relictum non agnovisset, et Fundum Dotalem vindicaret. Emptor enim cui Fundus evinceretur, desineret debitor esse pretii : inutiliter igitur gravaretur fideicommisso pretii quod non deberet.

(7) Legatum enim quod mulier agnovit, videtur ei relictum eo animo ut mulier illud pro Dote haberet. Eodem enim animo videtur testator hoc legatum ei reliquisse, quo et fideicommissum pretii ei reliquit. Quod præsumitur ex relatione quam verbum *amplius* inter legatum et fideicommissum inducit.

LIBER VIGESIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

Cum ex *dote quæ, soluto per divortium matrimonio, mulieri restituebatur, vir retentionem faceret propter res quas ipsi donasset, ut infra videbimus: hinc tractationi de dotibus inseruerunt Pandectarum ordinatores tractationem* DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

I. Moribus apud nos receptum est, NE INTER VIRUM ET UXOREM DONATIONES VALERENT. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur: Donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. *l.* 1. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Nec esset eis studium liberos potius educandi [a] Sextus-Cæcilius et illam causam adjiciebat: quia sæpe futurum esset ut discuterentur (1) matrimonia, si non donaret is qui posset; atque ea ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia. *l.* 2. PAUL. LIB. 9. AD SABIN.

Hæc ratio et Oratione Imperatoris nostri Antonini Augusti electa est. Nam ita ait: « MAJORES » nostri Inter Virum et Uxorem Donationes prohi» buerunt, amorem honestum solis animis æsti» mantes: famæ etiam conjunctorum consulentes, » ne concordia pretio conciliari videretur: neve » melior in paupertatem incideret; deterior, ditior » fieret ». *l.* 3. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Ut quæ ad hanc materiam pertinent, ordine tractentur; prima Parte videbimus quas personas et quas Donationes spectet hæc prohibitio: secunda Parte agemus de inutilitate Donationum sub hac prohibitione contentarum, et de his quæ inde sequantur: in tertia Parte inquiremus an et quæ Donationes possint convalescere.

[a] *Florent.* educendi.

(1) Haloand. *distraherentur.* Sensus est: ne, si hæ Donationes permitterentur, divortiis causa daretur ex eo quod non donaretur.

PRIMA PARS.

Quas personas et quas Donationes spectet prohibitio Donandi Inter Virum et Uxorem.

SECTIO I.

De personis quas spectat prohibitio.

Dispiciendum 1.° quæ Donationes inter conjuges factæ videantur; 2.° Qui conjuges hac prohibitione contineantur; et 3.° Quæ aliæ personæ præter conjuges.

§ 1. *Quæ Donationes videantur inter conjuges factæ.*

II. *Inter conjuges Donatio facta videtur, quæ facta est jam contracto matrimonio. Nec refert quod nuptiarum solemnitas nondum esset celebrata.*

Hinc Scævola. Seia Sempronio quum certa die nuptura (1) esset, antequam domum deduceretur, tabulæque dotis signarentur, donavit tot aureos: quæro an ea Donatio rata sit (2)? Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur Donatio facta esset, aut tabularum consignatarum quæ plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quærendo exprimi. Itaque, nisi ante matrimonium contractum (quod consensu intelligitur) Donatio facta esset; non valere. *l.* 66. SCÆVOLA. LIB. 9. DIGEST.

Contra, vice versa, si nondum erat contractum

(1) Id est, nuptias celebratura: quæ celebritas vel post vel ante contractum matrimonium fieri poterat. Illa enim verba *nubere* et *nuptiæ*, interdum pro ipso matrimonio, interdum pro celebritate duntaxat quæ ad substantiam matrimonii non pertinebat, usurpantur.

(2) Supple, *respondit.*

matrimonium, quamvis mulier jam deducta fuisset; valebit Donatio, nec videbitur inter conjuges facta.

Unde idem Scævola. Virgini in hortos (1) deductæ ante diem tertium quam ibi nuptiæ fierent; quum in separata diæta (2) ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua (3) et igni acciperetur, id est, nuptiæ celebrarentur, obtulit (4) decem aureos dono. Quæsitum est, post nuptias contractas divortio facto, an summa donata repeti possit? Respondit, id quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci. *d. l.* 66. § 1.

Enimvero Inter eos qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias Donatio facta Jure consistit; etiamsi eodem die nuptiæ fuerint consecutæ. *l.* 27. Modest. lib. 7. regul.

III. *Non valet autem Donatio ante nuptias inchoata, si nuptiis demum secutis perfecta fuisset.*

Hinc Si sponsus sponsæ donaturus tradiderit Titio, ut is sponsæ daret; deinde Titius tradiderit post nuptias secutas: si quidem eum interposuerit maritus, Donationem non valere, quæ post contractas nuptias perficiatur (5). *l.* 5. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

Obiter nota: Si vero mulier eum interposuerit; jam dudum perfectam Donationem, hoc est, ante nuptias (6); atque adeo quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, Donationem valere. *d. l.* 5.

Item Quod sponsæ ea lege donatur ut tunc dominium ejus adipiscatur quum nuptiæ fuerint secutæ, sine effectu est. *l.* 4. *Cod. de Donat. ante nupt.* Gordian.

IV. *Quemadmodum Donatio inter conjuges non est, nisi ea quæ constante matrimonio perficitur, non quæ ante perfecta est: pariter nec illa quæ post divortium fit Donatio, inter conjuges videri potest; scilicet si divortium sit legitimum.*

Quod Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit: Donationes post tale divortium factæ nullius momenti sunt (7); cum non videatur solutum matrimonium. *l.* 35. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Item si simulatum fuit divortium, non valebit Donatio interim facta.

Hinc Papinianus: Si liberis sublatis reversa post jurgium (8), per dissimulationem (9) mulier veluti venali concordio (10) ne dotata sit, conveniat: conventio secundum ordinem rei gestæ, moribus (11) improbanda est. *l.* 27. *ff. de Pact. Dotal.* Papin. lib. 4. definit.

Idem docet Javolenus. Ita ille: Vir mulieri divortio facto, quædam idcirco dederat ut ad se reverteretur. Mulier reversa erat: deinde divortium fecerat. Labeo Trebatius, inter Terentiam et Mecenatem (12) respondit, Si verum divortium fuisset, ratam esse Donationem: si simulatum, contra. Sed verum est quod Proculus et Cæcilius putant; tunc verum esse divortium et valere Donationem divortii causa factam, si aliæ nuptiæ insecutæ sunt; aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium. Alias nec Donationem ullius esse momenti futuram. *l.* 64. lib. 6. ex posterioribus Labeonis.

§ 2. *Qui conjuges hac prohibitione contineantur.*

V. *Omnes justi conjuges hac prohibitione continentur.*

Excipiendi tamen Augustus et Augusta. l. fin. Cod. h. t.

De his autem qui injusto conjugio conjuncti sunt, ita disputat Ulpianus: Videamus inter quos sint prohibitæ Donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, Donatio non valebit; sed si aliquod impedimentum interveniat ne sit omnino matrimonium, Donatio valebit. Ergo si Senatoris filia libertino contra Senatusconsultum nupserit (13), vel provincialis mulier ei qui ibi meret (14), contra Mandata: valebit Donatio, quia nuptiæ non sunt? Sed fas non est eas Donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt.

Divus tamen Severus in liberta Pontii-Paulini Senatoris, contra statuit: quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinæ. *l.* 3. § 1. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

(1) Romani hortos non longe ab urbe habebant, in quos voluptatis causa secedebant; ibi ob amœnitatem loci celebrari solebant nuptiæ.

(2) *Diæta* hic sumitur pro habitatione seu cœnaculo in hortis.

(3) In ritu nuptiarum adhibebatur ignis et aqua; scilicet præferebantur faces, et uxor aqua aspergebatur. Vid. supra lib. 23. Append. ad Tit. *de Rit. nupt.*

(4) Supple: sponsus.

(5) Nec enim potest prius videri perfecta: cum non perficiatur, nisi donatario, aut alicui ex voluntate donatarii, res tradatur.

(6) Hoc enim ipso perfecta fuit donatio, quod sponsus sponsæ donaturus, Titio voluntate sponsæ tradidisset.

(7) Utpote inter conjuges factæ.

(8) *Jurgium* est dissidium non stabile quo non solvitur matrimonium. Liberis ex matrimonio susceptis, facilius præsumitur jurgium intercessisse, non divortium, quum ad aliquod breve tempus conjuges discesserunt.

(9) Simulando fuisse divortium quod duntaxat jurgium fuerat.

(10) Id est, quasi ad concordiam pretio vendendam.

(11) Quibus Donationes inter Virum et Uxorem improbantur.

(12) Male in Florent. legitur *Decenatem.* Mecenatis uxor fuit Terentia, quam Augustus per jocum Terentillam vocabat.

(13) Vid. supra lib. 23. Tit. *de Rit. nupt.* Part. 2. Sect. 3.

(14) Qui officium aliquod ibi administrat, *Merere*, idem sonat ac militare: inde Emerita.

Ergo aliter obtineret, si eam pro uxore habuisset.

Hinc idem Ulpianus: Sed si Senator libertinam desponderit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit; an Donatio quasi in sponsalibus facta valeat? Et putem etiam sponsalia improbanda; et quasi ab indignis, ea quæ donata sunt, ablata fisco vindicari. *l.* 32. § 28. Ulp. lib. 33. ad Sabin.

Ita etiam rescribit Alexander: Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es (1); collata in maritum Donatio ipso Jure (2) irrita est. Sed si matrimonium Jure non valuit; licet ipso Jure Donatio tenuerit (3), quia tamen indigna persona ejus fuit qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt (4). *l.* 7. *Cod. h. t.*

.VI. *Similiter quum quis nondum viripotentem duxit, si non potest videri aliter eam habuisse quam pro uxore, Donatio inter ipsos facta non valebit.*

V. G. Si quis sponsam habuerit; deinde eamdem uxorem duxerit, quum non liceret: an Donationes quasi in sponsalibus factæ valeant, videamus? Et Julianus tractat hanc quæstionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta. Ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius quod Labeoni videtur, et a nobis et a Papiniano libro 10 Quæstionum probatum est: ut, si quidem præcesserint sponsalia, durent quamvis jam uxorem putet qui duxit, si vero non præcesserint, neque sponsalia esse quoniam non fuerunt, neque nuptias quod nuptiæ esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet Donatio: si minus, nulla est; quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fuit, et ideo nec Oratio locum habebit (5). *sup. d. l.* 32. § 27.

Igitur de casu quo sponsalia intervenissent, accipe quod ait Labeo: Quod vir ei quæ nondum viripotens nupserit, donaverit: ratum futurum existimo. *l.* 65. Labeo lib. 6. posterior. a Javol. epitomator.

VII. *Ex supra dictis liquet quod uxoribus quidem factæ, aut aliis quæ (etsi uxores non sint) tamen pro uxoribus habentur, Donationes non valeant.*

Eis vero quæ in consuetudine non tanquam uxores haberentur, factæ Donationes valent. Hinc Papinianus: Donationes in concubinam collatas, non posse revocari convenit. Nec si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere quod ante Jure valuit. An autem maritalis (6) honor et affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione considerata, perpendendum esse respondi: Neque enim tabulas facere matrimonium (7). *l.* 31. *ff. de Donat.* Papin. lib. 12. respons.

Tamen Jure singulari, milites focariis suis (quamvis pro uxoribus eas non habeant) donare non possunt.

Sic enim rescribit Antoninus: Si ancillam nummis tuis comparatam esse, Præsidi provinciæ probaveris; Donationisque causa focariæ tuæ nomine instrumentum emptionis esse conscriptum; eam tibi restitui jubebit. Nam licet cessante jure matrimonii Donatio perfici potuerit; milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo. *l.* 2. *Cod. h. t.*

Ex Constitutione Arcadii et Honorii; Qui justam sobolem habet, concubinæ liberisque ejus intra unciam bonorum duntaxat donare potest, concubinæ autem soli intra semiunciam duntaxat. l. 2. Cod. de Natural. lib.

Idem obtinet quum quis justa quidem sobole caret, sed matrem habet (d. l. 2.): *Aut patrem.* l. 1. Cod. Theod. d. tit.

Ex Constitutione Valentiniani et Gratiani, Etsi quis justa sobole, item patre et matre careat, non potest ultra tres uncias bonorum suorum concubinæ et naturalibus liberis donare. d. l. 1. Cod. Theod.

Ex Novella LXXXIX, iisdem potest, qui justa sobole caret, quantum voluerit donare; salva Ascendentium legitima.

§ 3. *Quæ aliæ personæ præter conjuges, Donandi prohibitione contineantur.*

VIII. Nec inter eas quidem personas quarum juri subjecti sunt Vir et Uxor, qui quæve in eorum potestate sunt, Donationes Jure Civili fieri possunt. *l.* 4. *Cod. h. t.* Antonin.

Hinc V. G. Ab Uxoris nurusve patre (8) prohibitum est donari viro vel genero.

Sed et his qui sunt in eorum potestate si fuerit donatum, vel in quorum sunt potestate, non valebit Donatio, si modo vir et socer in ejusdem sunt potestate, vel vir in soceri: cæterum si in alia familia est maritus; neque socero neque ei qui est in ejus potestate, neque ei in cujus est, Donatione interdictum est. *l.* 3. § 6. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

(1) Adeoque ratum fuit matrimonium.

(2) Utpote Inter Virum et Uxorem facta.

(3) Si subtilitatem Juris spectemus: quia non potest dici hæc donatio esse Inter Virum et Uxorem, cum non sint invicem vir et uxor.

(4) At contra in specie modo supra relata, dicuntur ea donata vindicari fisco? Ita quidem regulariter obtinet: interdum tamen ætati parcitur ejus qui donavit, ut ipsi tribuatur Donati repetitio.

(5) Id est, talis donatio non confirmatur morte donatoris, ex Oratione D. Antonini de qua Sect. seq.

(6) Id est, an duntaxat in concubinatu, an in matrimonio fuerint.

(7) Nec ex eo solo quod nuptiales tabulæ conscriptæ non fuerint, concludendum est eos magis in concubinatu quam in matrimonio fuisse.

(8) Mala in Florent. *parte.*

Consonat quod rescribit Alexander : Si (ut proponis) pater tuus in cujus potestate fuisti, marito tuo genero suo instrumentum debitoris Donationis causa dedit; isque matrimonio durante vita fonctus est, ac postea a marito divertisti : quod gestum est, non valet. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Non solum conjugis pater alteri conjugi donare prohibetur : sed et Qui in ejusdem potestate sunt, prohibentur sibi (1) donare; ut puta frater mariti qui est in soceri potestate. *sup. d. l.* 3. § 2.

Prohibetur igitur et Uxori et nurui donare, etiam is qui est in soceri potestate; si modo maritus sit in patris potestate. *d. l.* 3. § 5.

Jam notandum quod Verbum POTESTATIS non solum ad liberos trahimus, verum etiam ad servos. Nam magis est ut hi quoque qui aliquo jure subjecti sunt marito, donare non possint. *d. l.* 3. § 3.

IX. *Ita demum autem conjux ei qui in alterius conjugis potestate est, donare prohibetur; si ex causa donet ex qua acquiratur conjugi.*

Secundum hæc, si mater filio qui in patris potestate esset, donet; nullius momenti erit Donatio, quia patri (2) quæritur. Sed si in castra eunti filio dedit; videtur valere, quia filio quæritur : et est castrensis peculii. *d. l.* 3. § 4.

Cum autem ex Constitutionibus posteriorum Imperatorum quidquid a matre proficiscitur, patri non quæratur; hinc indistincte dicitur : Si constante matrimonio tibi mater domum tradidit, hanc in tuis bonis fecit (3). *l.* 19. *Cod. h. t.* DIOCLET. ET MAXIM.

X. *Vice versa, ita demum qui in conjugis potestate est, donare alteri prohibetur; si ex eo peculio daret quod ad conjugem pertineat.* Quare etsi filius, vel privignus vel quivis alius potestati mariti subjectus, de castrensi peculio suo donavit; non erit irrita Donatio. *d. l.* 3. § 4.

Similiter Si servus meus cujus ususfructus alienus est, donet Uxori meæ ex eo peculio quod ad me non pertinebat, vel homo liber bona fide mihi serviens : an valeat Donatio, quæritur? Et in libera quidem persona, utcumque admitti potest Donatio (4). Cæteræ enim personæ (5) alienationem peculii, ut donent, non habent (6). *d. l.* 3. § 8.

His consentanea est Alfeni responsio in specie sequenti. Servus communis viri et fratris ejus, puerum donavit Uxori fratris. Pro qua parte is servus qui donasset, viri esset; pro ea parte munus non esse factum mulieris respondit (7). *l.* 38 ALFENUS LIB. 3. DIGEST. A PAULO EPITOMATRA.

Idem Juris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem Uxori donasset. Nam ex tertia parte, mulieris res facta non est; ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres, aut posteaquam donata esset ratum habuissent, non debere mulierem reddere. *d. l.* 38. § 1.

XI. *Observandum est, soluto matrimonio prohibitionem Donandi cessare inter supra dictas personas; quemadmodum cessat inter Virum ipsum et Uxorem quondam suam.*

Unde Antoninus : Sin autem post mortem filiæ facta est Donatio a quondam socero tuo; etiam inter vivos ea perfici potuit. *l.* 3. *Cod. h. t.* § *fin autem.*

XII. *Videamus quæ personæ prohibitione contineantur.*

Cæterum Socrui a nuru, vel contra, donari non est prohibitum; quia hic jus potestatis non vertitur. *d. l.* 3. § 7.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si te in vacuam possessionem prædii socrus tua titulo Donationis ante matrimonium vel post induxit; ad rescindendam Donationem, pœnitentia nihil proficit. *l.* 23. *Cod. h. tit.*

Similiter Vitricus et privignus invicem sibi donare, prætextu matrimonii non prohibentur. *l.* 60. HERMOG. LIB. 2. JURIS EPITOMARUM.

SECTIO II.

Quas Donationes complectatur, necne, prohibitio Donandi Inter Virum et Uxorem, cæterasque personas ad quas hæc prohibitio porrecta est.

Videbimus 1.° *Quæ Donationes inter conjuges prohibitione contineantur;* 2.° *Quæ non contineantur;* 3.° *De nonnullis speciebus inquiremus, an Donationem continere videntur;* 4.° *Videbimus quæ Donationes prohibitione contineantur, necne, inter cæteras personas ad quas prohibitio porrecta est.*

ARTICULUS I.

Quæ Donationes inter conjuges prohibitione contineantur.

XIII. *Quævis Donatio Inter Virum et Uxorem prohibetur.*

(1) Legendum *ipsi*, ut recte emendat Budæus; scilicet *ipsi uxori*. Frater meus qui est in potestate patris nostri, soceri uxoris meæ, uxori meæ donare non potest.

(2) Qui est conjux matris quæ donet.

(3) Temporibus Diocletiani et Maximiani quorum nomen huic legi inscribitur, nondum quidem hoc Jus vigebat ut patri non quæreretur quod filii a matre consequerentur. Sed verisimile est Tribonianum ex hoc Rescripto negationem detraxisse, ut illud Juri novo accommodaret : et ita innumeris in locis.

(4) Scilicet si donaverit ex eo quod ad ipsum, non ad me cui bona fide serviebat, pertinebat.

(5) Id est, servi.

(6) Unde fit ut donatio quam fecit uxori meæ, non valeat. Sed si fructuarius permisisset ei donare, valeret.

(7) Pro alia vero parte valebit Donatio, si socius permisit ei ut donaret.

Ait enim *(Neratius)*; Datum ad villam extruendam, vel agrum serendum; quod alioquin facturus non erat is qui accepit; in speciem Donationis cadere. Ergo Inter Virum et Uxorem hæ eruot interdictæ. *l.* 13. § 2. 5 *ait enim.*

Non solum proprietatis, sed etiam Inter Virum et Uxorem nec possessionis (1) ulla Donatio est. *l.* 46. Ulp. lib. 72. ad Ed.

XIV. *Sed etsi vir dotem quam soluto matrimonio restituere debet, eo constante uxori restituat: Donatio intelligitur, quæ moribus prohibita est.*

Hinc Honorius et Theodosius: Si constante matrimonio a marito uxori dos sine causa legitima refusa est (quod Legibus stare non potest, quia Donationis instar perspicitur obtinere); eadem uxore defuncta ab ejus heredibus cum fructibus ex die refusæ dotis marito restituatur. *L. un. Cod. Si dos const. matrim. solut.*

Hoc confirmavit Justinianus Novella XXII. cap. 39.

XV. *Ex certis tamen causis permittitur, manente matrimonio, dotem restituere. Nimirum,* Manente matrimonio, non perditur uxori ob has causas dos reddi potest; ut se suosque alat; ut fundum idoneum emat; ut in exilium, ut in insulam relegato parenti præstet alimonia; aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat. *l.* 73. § 1. *ff. de Jur. dot.* Paul. lib. 2. sent.

Item Paulus: Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut æs alienum solvat aut prædia idonea emat; sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret: quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere; et ideo recte ei solvitur. Idque et in filiafamilias observatur. *l.* 20. *ff. Solut. matrim.* Paul. lib. 7. ad Sabin.

Recte etiam restituitur dos manente matrimonio in specie sequenti. Fundum filiæ nomine pater in dotem dederat. Hujus heredi filiæ ex asse, creditoribus patris urgentibus, utilius videtur potius fundum qui dotalis est distrahere quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore reditu retinere. Maritus consentit; si nulla in ea re captio sit futura. Quæro an ea pars dotis quæ in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur? Respondit: Si pretium creditori solvatur, recte solutum. *l.* 85. *ff. de Jur. dot.* Scævola. lib. 8. digest.

XVI. Non tantum autem per se maritus et uxor cæteræque personæ dare non possunt. *l.* 3. § 9. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

Sed et per interpositas personas.

Simili ratione et illæ Donationes prohibentur quæ simulata alterius contractus specie teguntur. Non prohibentur vero Inter Virum et Uxorem cæteri contractus bona fide facti, et nullam Donationem continentes.

Hinc Ulpianus. Si Uxor a marito suo præd'a quæ ob dotem pignori acceperat (2), emerit; eaque emptio Donationis causa facta dicatur; nullius esse momenti, pignoris tamen obligationem durare, Imperator noster cum patre suo rescripsit. Cujus Rescripti verba ideo retuli ut appareat venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari: « Si tibi maritus pignora propter do» tem et pecuniam creditam data non Donationis » causa vendidit, quod bona fide gestum est, » manebit ratum. At si titulus Donationis quæsi» tus ostenditur, atque ideo venditionem irritam » esse constabit; jure publico causam pignorum » integram obtinebis ». *l.* 7. § 6. Ulp. lib. 31. ad Sabin.

Observandum valde interesse an contractus aliquid Donationis contineat tantum, an etiam sit simulatus. Hoc posteriori casu, nullius momenti est: priori casu valet, et in eo infirmatur duntaxat quod Donationem continet.

V. G. Circa venditionem quoque, Julianus quidem, minoris factam venditionem nullius esse momenti ait. Neratius autem (cujus opinionem Pomponius non improbat) venditionem Donationis causa Inter Virum et Uxorem factam, nullius esse momenti; si modo, quum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit ut donaret. Enimvero si, quum animum vendendi haberet, et pretio ei remisit; venditionem quidem valere: remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior (3). Itaque si res quindecim, væoit quinque, nunc autem sit decem; quinque tantum præstanda sont, quia in hoc locupletior videtur facta. *l.* 5. § 5. Ulpian. lib. 32. ad Sabin.

Vel etiam in hoc posteriori casu potest dici, res pro ea parte non esse vendita quæ æquivalet pretio remisso; pro cætera vero, vendita.

Hoc docet Pomponius. Si duo mancipia fuerint, singula quinis digna; sed utrumque unis quinque, Donationis causa a viro mulieri, vel contra, vænierint; melius dicetur communia ea esse pro portione pretii: nec tandem spectandum esse quanti mancipia sint; sed quantum ex pretio Donationis causa sit remissum. Sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus Donandi. *l.* 31. § 3. Pompon. lib. 14. ad Sabin.

(1) Non obstat lex 1. § 4. ff. *de Acq. vel omit. poss.* Si vir *uxori cedat possessione Donationis causa; plerique putant possidere eam.* Etsi enim possessio quæ facti est, ad uxorem transeat; inde non sequitur Donationem vel possessionis valere. Non enim in viro Donationis possessio in hac specie transit; sed quia (ut in eadem lege dicitur) fieri non potest ut maritus qui noluit possidere rem donatam, ejus possessionem non amiserit, mulier autem vacuam rei possessionem ingressa est.

(2) Mulier pro dote potest pignora accipere, quamvis fidejussores accipere non possit.

(3) Nam (ut infra modo videbimus) Donationes Inter Virum et Uxorem eatenus duntaxat revocantur, quatenus conjux cui donatum est factus est locupletior.

XVII. *Quod* Si vir uxori, vel contra, quid vendiderit vero pretio, et Donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem præstet: videndum est quid de ea venditione agatur; utrum res vænierit, et totum negotium valeat; an vero ut ea sola pactio irrita sit; quemadmodum irrita esset si post contractam emptionem, novo consilio inito, id pacti fuisset actum? Et verius est, pactum duntaxat irritum esse. *d. l.* 31. § 4.

Idem dicemus, si Donationis causa pacti sint ne fugitivum aut erronem præstent (1): id est, integras esse actiones Ædilitias et Ex empto. *d. l.* 31. § 5.

XVIII. *Indirectam etiam Donationem continere potest negotium quo res æstimatæ in dotem dantur, si iniquo pretio æstimentur.*

Hinc Si res æstimata, post contractum matrimonium Donationis causa approbetur (2); nulla est æstimatio: quia nec res distrahi (3) Donationis causa potest; cum effectum Inter Virum et Uxorem non habeat. Res (4) igitur in dote remanebit. Sed si ante matrimonium; magis est ut in matrimonii tempus collata Donatio videatur; atque ideo non valet (5). *l.* 12. *ff. de Jur. dot.* Ulpian. lib. 34. ad Sabin.

Igitur Si maritus æstimationem rerum quas in dotem accepit, dicat se Donationis causa auxisse; remedium monstravit Imperator noster cum Divo patre suo, Rescripto cujus verba hæc sunt: « Cum » Donationis causa pretium auctum affirmes; qui » super ea re cogniturus erit, si pecuniæ modum » recusabis, ipsa prædia restitui debere, sumptuum deductis rationibus, arbitrabitur ».

In arbitrio igitur mariti erit, quid præstitum malit. Idem Juris est, et si e contrario mulier de minore æstimatione queratur. Nec aliud in commodato æstimato dato observari solet; ut Pomponius libro 4 Variarum lectionum scribit. *l.* 7. § 5. Ulp. lib. 31. ad Sabin.

XIX. *Denique prohibetur quidquid fecerit omiserive conjux; ut alterum conjugem cum suo damno locupletaret.*

Unde Ulpianus: Si Donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem; verum post divortium condici posse (6). *l.* 5. § 6. Ibid. lib. 32.

Similiter Si uxor vel maritus exceptione quadam Donationis causa summoveri voluerint; facta a judice absolutione, valebit quidem Sententia; sed condicetur ei cui Donatum est. *d. l.* 5. § 7.

Ita tamen aliquid omittendo videor donare conjugi, si sic principaliter efficiam ut acquirat: secus, si alia est causa principalis cur acquirat, et ego quid omittendo efficiam duntaxat ne prohibeatur ex illa causa acquirere.

Hinc Si extraneus rem viri, ignorans ejus esse, ignoranti Uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit; mulier recte eam usucapit. Idemque Juris erit, si is qui in potestate viri erat, credens se patremfamilias (7) esse, Uxori patris donaverit. Sed sivir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet; et hoc et mulier noverit: interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factæ Donationis ipsius mulieris scientia (8)? Propius est ut nullum acquisitioni dominii ejus afferat impedimentum: non enim omnimodo Uxores ex bonis Virorum, sed ex causa Donationis ab ipsis factæ acquirere prohibitæ sunt (9). *l.* 44. Neratius lib. 5. membran.

ARTICULUS II.

Quæ Donationes inter conjuges prohibitione non contineantur.

Prohibitione non continentur Donationes Inter Virum et Uxorem, quæ conferuntur in tempus soluti matrimonii; quales sunt illæ quæ mortis, aut etiam divortii vel exilii causa fiunt. Permittuntur etiam illæ ex quibus donator non fit pauperior, vel donatarius non fit locupletior; item natalitia et alia hujusmodi munuscula, quum modica sunt. Denique sustinentur illæ quæ sunt quasi sequela alterius a qua separari non possint.

(1) Id est, ne venditor teneatur de vitio fugæ circa servum venditum.

(2) Scilicet, si probetur virum, ut donaret uxori, majori quam par erat pretio res in dotem æstimatas accepisse; vel uxorem, ut donaret viro, res in dotem minori quam par erat pretio dedisse.

(3) Æstimatio est venditionis quædam species: ut vid. supra lib. 23. Tit. *de Jur. Dot.* N. 49. Atqui, ut modo vidimus, venditiones quæ Donationis animo factæ sunt, non valent: ergo nec talis æstimatio.

(4) *Res* ipsa, non ejus duntaxat æstimatio.

(5) Æstimatio dotis incipit effectum habere demum tempore matrimonii: d. N. 49. Tit. *de Jur. Dot.* Ergo si Donationem continet, est Donatio collata in tempus matrimonii, quæ non valet: ut vid. supra N. 3.

(6) Ut restituatur; quia Donationis causa fecit ut eam amitteret.

(7) Secus, si sciret se esse in potestate.

(8) Legendum cum interrogatione: *an possessio interrumpetur, quia, etc.* Enimvero scientia et patientia viri quî patitur rem suam retineri ab uxore quæ pariter scit eam esse viri, nonne videntur continere Donationem hujus rei uxori a viro factam? Sed *Propius est*, etc.

(9) In hac specie, rem quidem ex bonis viri mulier constante matrimonio acquirit; sed non ex causa Donationis ullius ipsi a viro factæ, verum ex causa Donationis ab extraneo factæ quam secuta est donatæ rei traditio et continuatio possessionis per tempus legitimum. Hæc donatio ipsi ab extraneo facta et traditio ex hac causa secuta, dederunt causam acquisitioni: vir omittendo rem suam vindicare, magis non prohibuit rem a muliere acquiri, quam fecit ut acquireret.

§ 1. *De Donationibus inter conjuges quæ fiunt mortis causa.*

XX. Inter Virum et Uxorem mortis causa Donationes receptæ sunt. *l.* 9. *§ fin.* ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Quia in hoc tempus excurrit Donationis eventus, quo Vir et Uxor esse desinunt. *l.* 10. GAIUS LIB. 10. AD EO. PROV.

Nec interest quo tempore Donatio fiat. Unde Fulcinium ita recte Neratius arguit :

Fulcinius, Inter Virum et Uxorem mortis causa Donationem ita fieri, si donator justissimum mortis metum habeat. Neratius, Sufficere existimationem Donantis hanc esse, ut moriturum se putet : quam juste, necne susceperit, non quærendum. Quod magis tuendum est. *l.* 43. *ff. de Mort. caus. donat.* NERATIUS LIB. 1. RESPONS.

Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt; sed tunc demum, quum mors insecuta est. Medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit. *l.* 11. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

V. G. Servus uxori a marito, mortis causa donatus, mariti manet, ut et Juliano quoque videtur. Idem si accipiat libertatem simul et hereditatem, viro necessarius heres erit, (1) nec sine libertate aliquid ei legari potest. *l.* 76. *ff. de Hered. instit.* PAPIN. LIB. 15. QUÆST.

XXI. Sed quod dicitur mortis causa Donationem Inter Virum et Uxorem valere, ita verum est; ut non solum ea Donatio valeat secundum Julianum, quæ hoc animo fit ut res tunc fiat Uxoris, vel mariti, quum mors insequetur; sed omnis mortis causa Donatio. *d. l.* 11. § 1.

Valet igitur et illa quæ hac mente facta esset ut res ex hac causa tradita statim fieret donatarii. Cæterum non statim hunc effectum habebit, quemadmodum si fieret inter alias personas; quandoquidem (ut diximus) non potest dominium ullius rei ex causa Donationis in conjugem vivo donatore et constante matrimonio transferri : sed hujus Donationis is effectus erit ut, si hæc Donatio morte donatoris confirmetur, omnia perinde donatarium sequantur atque si revera statim dominium ad ipsum fuisset translatum.

V. G. Si mortis causa, Inter Virum et Uxorem Donatio facta sit; morte secuta, reducitur ad id tempus Donatio quo interposita fuisset. *l.* 40. *ff. de Mort. caus. donat.* PAPIN. LIB. 29. QUÆST.

Hinc Javolenus : Si is servus qui Uxori mortis causa donatus est, priusquam vir decederet, stipulatus est, in pendenti puto esse causam obligationis, donec vir aut moriatur; aut suspicione mortis propter quam donavit liberetur (2) : quidquid autem eorum inciderit, quod Donationem aut perimat aut confirmet, id quoque causam stipulationis aut confirmabit aut resolvet (3). *l.* 20. LIB. 11. EPISTOL.

Contra si Donationis conditio defecerit ; tam hæc donatione, quam traditione quæ eam secuta esset, nihil actum erit.

Hinc Papinianus : Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari ; quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti, curavit. Defuncto viro, viva muliere, stipulatio solvitur : ut traditio quæ, mandante uxore, mortis causa facta est. Nam quo casu inter exteros Condictio nascitur (4), inter maritos nihil agitur. *l.* 52. § 1. LIB. 9. QUÆST.

Hinc etiam Si Uxor rem quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit; nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitæ tempus mulieris fuit.

Plane in quibus casibus placeat retro agi Donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur. *l.* 11. § 9. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

XXII. *Cum rei mortis causa inter conjuges donatæ dominium nonnisi mortuo donatore transferatur; hinc Marcellus* ait : Placuisse scio Sabinianis, si filiusfamilias Uxori maritus tradet, Donationem ejus eum omni suo emolumento fieri, si vivo adhuc marito sui juris fuerit effecta (5) : quod et Julianus libro 17 Digestorum probat. *d. l.* 11. § 3.

Proinde et si Uxor marito filiofamilias mortis causa tradat, et is sui juris effectus sit; sine dubio dicemus ipsius fieri. *d. l.* 11. § 4.

Per contrarium quoque, si uxor donaverit mortis causa patrifamilias marito, et mortis ejus tempore filiusfamilias inveniatur; patri erit nunc emolumentum quæsitum. *d. l.* 11. § 5.

Eadem dicenda sunt circa interpositam personam a donatario conjuge; cum non possit magis in eam dominium transferri nisi mortuo donatore.

Quando itaque non retro agatur Donatio; emergunt (6) vitia, ut Marcellus animadvertit in specie hujusmodi : Maritus Uxori mortis causa donatum

(1) Id est, Adeo verum est hunc servum mariti manere, ut et *necessarius* ipsi utpote adhuc domino heres sit; *nec sine libertate, etc.*

(2) Id est, convaluerit. Nam convalescentia donatoris revocantur Donationes mortis causa.

(3) Scilicet ut, si Donatio exitum habuerit, retro videatur ex hac servi stipulatione donatario acquisitum; sin Donatio defecerit, nihil ei videatur acquisitum.

(4) Sensus est, quum ex causa Donationis *Mortis causa* inter exteros res tradita est, dominium transfertur; et ideo, si donatarius præmoriatur, Condictio rei donatæ quasi causa non secuta nascitur. Quod si inter virum et uxorem res agatur; *nihil agitur :* traditio non transfert dominium; adeoque non Condictioni, sed vindicationi locus est.

(5) Et postea maritus ejus moriatur. Ratio est quod, cum non possit dominium ex hac causa acquiri mulieri quamdiu constat matrimonium, non potuit per illam patri acquiri, e cujus potestate exiit, adhuc constante matrimonio.

(6) Sensus est : Ex hac regula quam statuimus, non retrotrahi Donationem, et eo demum tempore quo conjux donator moritur dominium transferri; *emergunt vitia*, id est, vitiantur quædam Juris regulæ, puta, illa quæ dicit tempus contractus inspici debere.

voluit; interposuit mulier filiumfamilias (1) qui a marito acciperet, eique traderet; deinde quum moritur maritus, paterfamilias invenitur: an valeat traditio? Et ait, Consequens esse dici traditionem valere; quia sui juris effectus est eo tempore ad quod traditio redigitur, id est, quum maritus moriebatur (2). *d. l.* 11. § 2.

Consequenter Scævola apud Marcellum notat: Si servum interposuit mulier ut ei tradatur mortis causa, isque adhuc servus dederit mulieri deinde mortis tempore liber inveniatur; tantumdem esse dicendum. *d. l.* 11. § 6.

Idem Marcellus tractat, Si is qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, Donationem evanescere; quia debeat aliquo momento interposito (3) fieri, et sic ad mulierem transire; quod ita procedit, si ea cui donabatur, eum interposuit; non is qui donabat: Porro si a marito (4) interpositus est, et res ipsius statim facta est (5); etsi ante mortem mariti tradiderit et decesserit, traditio ejus egit aliquid (6): ut tamen hæc traditio pendeat, donec mors sequatur. *d. l.* 11. § 7.

§ 2. *De Donationibus quæ fiunt inter conjuges divortii aut exilii causa; et an Donationes mortis causa factæ, divortio aut exilio infirmentur.*

XXIII. 1°. *Etiam* Divortii causa donationes Inter Virum et Uxorem concessæ sunt. Sæpe enim evenit uti propter sacerdotium (7) vel etiam sterilitatem (*l.* 60. § 1. HERMOGENIANUS LIB. 2. JURIS EPITOM.); vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam, satis commode retineri matrimonium non possit. *l.* 61. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Et ideo bona gratia matrimonium dissolvitur. *l.* 62. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

Julianus pariter ait, Si divortii causa facta sit Donatio, valere (*l.* 11. § 11. ULP. LIB. 32. AD SABIN.): Quæ tamen sub ipso divortii tempore, non quæ ex cogitatione quandoque futuri divortii fiunt. *l.* 12. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Sed si (*ante divortium*) mors sit insecuta, non videri factas res mulieris, quia Donatio in alium casum (8) facta est. *l.* 13. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

2°. *Item* Inter Virum et Uxorem exilii (9) causa Donatio fieri potest. *l.* 43. PAUL. LIB. SINGUL. REGUL.

XXIV. *Jam vero eum divortii aut exilii, quemadmodum et mortis causa Donatio valeat*, *Ulpianus quærit*: Si maritus Uxori donaverit mortis causa; eaque diverterit: an dissolvatur Donatio? Julianus scripsit, infirmari Donationem, nec impendere (10). *d. l.* 11. § 10.

Proinde et si mortis causa Uxori donaverit, et deportationem passus est: an Donatio valeat videamus (11)? Et alias placet, in casum deportationis Donationem factam valere (12), quemadmodum in

(1) Puta, filium suum et donatoris.

(2) Adeoque tempus mortis inspicitur; non tempus contractus et traditionis, quo tempore pater in filium quem in sua potestate habebat nullum dominium transferre potuisset.

(3) Legendum est, *interpositi;* hoc sensu quod Donatio debet saltem aliquo momento fieri ejus qui interpositus est.

(4) Qui donabat.

(5) Maritus non potest quidem transferre, constante matrimonio, dominium rerum suarum ad uxorem aut ad personam ab illa interpositam; nihil autem obstat quominus ad eum qui non a muliere interpositus est, dominium transferre potuerit.

(6) Non id quidem egit ut statim ad mulierem dominium transferret; verum id egit, ut quandoque postea viro in eadem donandi voluntate moriente, tum ad illam dominium transiret.

(7) Apud Ethnicos (ut observat Tertullianus lib. *de Monogam.*) *Cereris sacerdotes viventibus etiam viris et consentientibus, amica separatione viduantur.* Hoc et de quibusdam aliis sacerdotiis observat.

(8) Scilicet in casum divortii. Cum igitur divortium viro morte prævento non intervenerit, adeoque conditio divortii sub qua Donatio facta fuisse supponitur, defecerit; Donatio non valet, et res ex hac causa uxori traditæ, ejus fieri non possunt.

(9) Id est, valet Donatio quam conjux deportationis pœnam passurus, in eum casum uxori donat. Ratio dubitandi erat quod, cum deportatione bona mariti publicentur, et de his disponendi facultatem amittat, videbatur Donatio in eum deportationis casum conferri non posse; eo magis quod Donationes inter cæteras personas etiam pure factæ ita valeant, quum donator pœna capitis affectus est, si sine suspicione pœnæ factæ sint: l. 7. ff. de *Mort. caus. don.* Quomodo igitur, inquies, valere potest illa quæ expresse in illum pœnæ casum collata est; Ratio decidendi est favor matrimoniorum: inhumanum enim visum est ut conjux innocens nullam suæ in maritum observantiæ mercedem sperare, nullam a conjuge liberalitatem pro pudicitiæ suæ præmio consequi posset. Cæterum ita demum Donatio exilii causa facta valere potest, si hoc animo sint conjuges ut propter hunc exilii casum solvatur matrimonium Enimvero sciendum est exilium in hoc a servitute differre, quod exilium per se non solvat matrimonium: infra Tit. *de Divort.* N. 1. Patet autem Donationem inter conjuges valere non posse in eum casum quo adhuc duraret matrimonium.

(10) Id est, non jam in pendenti esse an morte donatoris confirmanda sit, sed omnino infirmari Ratio est quia Donationum mortis causa hæc natura est, ut omnino infirmetur donatoris pœnitentia; satis autem colligitur ac præsumitur hæc pœnitentia, ex divortio cui aliquam offensa causam dedit; et de tali divortio hæc lex accipienda est. Quod si Bona gratia divortium factum esset, tali divortio non infirmaretur Donatio: et donatore quandoque in eadem voluntate præmoriente, perinde confirmari posset ac si non intervenisset divortium; ut patet ex his quæ modo supra diximus.

(11) Ratio dubitandi est, quod regulariter ex capitali donatoris pœna qualis est deportatio; infirmentur Donationes mortis causa. l. 7. ff. *de Mortis caus. Donat.* infra lib. 39.

(12) Sensus est: *Alias* vidimus placuisse et favore matrimoniorum obtinuisse, ut Donationes quemadmodum in casum divortii, etiam in casum deportationis fieri possent. Hinc satis evidenter colligitur, non debere Donationem inter conjuges, ex causa deportationis infirmari, in quem etiam potuissent expressa conferri.

causam divortii. Cum (1) igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur, et nihil vitium mulieris incurrit (2); humanum (3) est Donationem quæ mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari (4), tanquam si mortuo marito rata habebitur : ita tamen ut non adimatur licentia marito eam revocare; quia et mors ejus expectanda est : ut tunc plenissimam habeat firmitatem quando ab hac luce fuerit substractus, sive reversus (5), sive adhuc in pœna constitutus. *l.* 13. § 1. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

§ 3. *De Donationibus inter conjuges, ex quibus vel is qui donat non fit pauperior, vel Donatarius non fit locupletior.*

XXV. Ubicumque non diminuit de facultatibus suis qui donavit, valet : vel etiam si diminuat, locupletior tamen non sit qui accepit, Donatio valet. *l.* 5. § 16. ¶ *ubicumque igitur.* ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Prima species Donationis :

XXVI. Quum igitur nihil de bonis erogatur : recte dicitur valere Donationem. *d. l.* 5. *d.* § 16.

V. G. Sed et si constante matrimonio res aliena Uxori a marito donata fuerit; dicendum est confestim ad usucapionem ejus Uxorem admitti : quia etsi non (6) mortis causa donaverat ei, non impeditur usucapio. Nam Jus constitutum (7) ad eas Donationes pertinet ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet mortis causa (8) Donatio intervenit; quasi inter extraneas personas intelligenda est; in ea re quæ (quia aliena est) usucapi potest. *l.* 25. TERENT. CLEMENS LIB. 5. AD L. JUL. ET PAP.

Hinc etiam Si maritus heres institutus repudiet hereditatem Donationis causa (9); Julianus rescripsit libro 17 Digestorum, Donationem valere. Neque enim pauperior fit qui non acquirat; sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura. *sup. d. l.* 5. § 13.

Simili modo at si legatum repudiet; placet nobis, valere Donationem : si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam. *d. l.* 5. § 14.

Consonat quod ait Pomponius : Quod legaturus mihi, aut hereditatis omnine relicturus es : potes, rogatus a me, Uxori meæ relinquere. Et non videtur ea esse Donatio; quia nihil ex bonis meis diminuitur : in quo maxime Majores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur; non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. *l.* 31. § 7. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

Secunda species Donationis.

XXVII. 2.° *Valet Donatio inter Virum et Uxorem, quum is qui accipit non fit locupletior.*

Primum Exemplum.

Hinc Alexander : Si fructus eorum prædiorum quæ in dotem accepisti, matrimonii tempore Uxorem tuam percipere passus es, eosque Uxor tua consumpsit : restitui tibi post divortium oportere, nulla ratione contendis. Sin autem ex his locupletior facta est, in tantum potest conveniri. *l.* 8. *Cod. h. tit.*

Secundum Exemplum.

Hinc etiam Concessa Donatio est sepulturæ causa. Nam sepulturæ causa locum marito ab Uxore, vel contra posse donari constat : et, si quidem mortuum intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit quod definiri solet; Eam demum Donationem impediri solere, quæ et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiorem. Porro hic non videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit. Nec movit quemquam, quod emeret nisi a marito accepisset. Nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset; non tamen idcirco fit locupletior quod non expendit (10). *l.* 5. § 8. ULPIAN. LIB. 32. AD SABIN.

Hæc res et illud suadet : Si Uxori maritus sepulturæ causa donaverit, ita demum locum fieri intelligi mulieris, quum corpus humatur. Cæterum ante-

(1) Ante hæc verba *Cum igitur*, quædam supplenda sunt : puta; Quod diximus Donationem in casum deportationis factam valere (unde concludendum reliquimus, mortis causa factam non debere per deportationem infirmari), spectat casum quo deportatio mutat animum retinendi matrimonii, interdum autem non mutat. *Cum igitur hoc casu*, etc.

(2) *Nullum vitium*, id est, nulla culpa mulieris incurrit propter quam casus mariti debeat in illam redundare, et Donationem illi factam vitiare.

(3) Dicit *humanum* est : nam summo Jure aliter obtinere debet. Hoc enim jure, donationis deportatione infirmantur Donationes mortis causa : ut jam observavimus in Nota (11) ad h. l. mox supra. Humanitas vero suasit ut, quum conjugi facta esset, non infirmaretur.

(4) Id est, non infirmari. Manebit igitur in pendenti, donec morte naturali mariti confirmetur; quemadmodum si deportatio non intervenisset.

(5) In integrum restitutus.

(6) Quædam Editiones non habent negationem, sed rectior Florentina quam secutus sum. Species hæc est, ut ex fine legis liquet : In Donatione mortis causa rei alienæ; ait Terentius posse uxorem *confestim* ante mortem viri rem usucapere; quia etsi Donatio non esset mortis causa, sed pura, posset usucapere; et ratio est quia, cum hæc Donatio (utpote rei alienæ) nihil diminuat ex substantia viri, non est prohibita; adeoque est justa causa quæ potest proficere ad usucapionem.

(7) Jus positivum quo Donationes inter virum et uxorem prohibentur.

(8) Cujacius perperam legit : *licet non mortis causa.* Retinenda lectio : Vid. supra Not. (6)

(9) Ut locum faciat mulieri quæ ipsi substituta est, aut ab intestato vocatur.

(10) Ita favorabiliter observatur in causa Donationis inter conjuges. In cæteris autem causis, puta quum quæritur an pupillus qui sine tutoris auctoritate contraxit, teneatur quasi locupletior; ex eo solo locupletior quis intelligitur, quod ex suo non expenderit quod alioquin necesse habuisset expendere.

quum fiet religiosus, donantis manet (1). Proinde si distraxerit mulier, manet locus donatoris. *d. l.* 5. § 9.

Secundum hæc, Si Uxori suæ monumentum purum maritus magni pretii donaverit, valebit Donatio : sic tamen ut, quum fit religiosus, valeat. *d. l.* 5. § 10.

Sed et etsi ipsa (2) fuerit illo illata (3); licet morte ejus finitum est matrimonium, favorabiliter (4) tamen dicetur locum religiosum fieri. *d. l.* 5. § 11.

XXVIII. *Quemadmodum sepulturæ causa Donationem valere vidimus quia ex ea is cui donatur non fit locupletior*; Proinde et si maritus ad oblationem Dei uxori donavit; vel locum in quo opus publicum quod promiserat (5) facere; vel ut ædem publicam dedicaret : fiet locus sacer. Sed etsi quid ei det, ut donum Deo detur, vel consecretur, dubium non est quin debeat valere. Quare et si oleum pro ea in æde sacra posuerit, valet Donatio. *d. l.* 5. § 12.

Tertium Exemplum.

XXIX. *Simili etiam ratione* Nuper ex indulgentia Principis Antonini recepta est alia causa Donationis; quam dicimus Honoris causa : ut ecce, si uxor viro Lati-Clavii (6) petendi gratia donet, vel ut Equestris ordinis fiat, vel ludorum gratia (7). *l.* 42. Gaius lib. 11. ad Ed. prov.

Unde Ulpianus : Quod adipiscendæ dignitatis gratia ab uxore in maritum collatum est, eatenus ratum est, quatenus dignitati supplendæ opus est. *l.* 40. Ulp. lib. 2. responş.

Nam et Imperator Antoninus constituit, ut ad processus (8) Viri Uxor ei donari possit. *l.* 41. Licinius-Rufinus lib. 6. regular.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si propriis habitis contractibus, quam acceperas mutuam pecuniam, pro marito Donationis causa erogasti; cum hæc ad dignitatem profuerit, nec locupletior sit factus; intelligis nullam tibi contra eum competere actionem. *l.* 21. *Cod. h. tit.*

Similiter Marcellus lib. 7. Digestorum quærit : Si mulier acceptam a marito pecuniam in sportulas (9) pro cognato suo ordine erogaverit, an Donatio valeat? Et ait valere, nec videri locupletiorem mulierem factam, quamvis mutuam pecuniam esset acceptura, et pro affine erogatura. *l.* 5. § 17. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

Quartum Exemplum.

XXX. *Ex regula quam statuimus, Donationem Inter Virum et Uxorem valere ex qua is cui donatur locupletior non fit; sequitur etiam quod* Manumissionis causa Donatio facta valet; licet non hoc agatur ut statim ad libertatem; sed quandoque, perducatur. *l.* 7. § 9. Ulp. lib. 31. ad Sabin.

Similiter rescribunt Diocletianus et Maximianus : Maritus manumissionis causa servum mulieri, constante matrimonio, donare potest. *l.* 22. *Cod. h. tit.*

Nota : Proinde si ut post certum tempus manumittat, uxori suæ tradidit; tunc demum ejus fiet, quum tempore impleto (10) manumittere cœperit. Quare antea manumittendo nihil agit (11). Nam (12) et illud sciendum est, si Uxori quis suæ donaverit ut intra annum manumittat; deinde non manumiserit ea intra annum; postea manumittendo nihil agi (13). *sup. d. l.* 7. *d.* § 9.

Observa etiam quod Si, antequam servus manumittatur, morte aut divortio solutum fuerit matrimonium, resolvitur donatio : inesse enim conditio Donationi videtur, ut manente matrimonio manumittatur. *l.* 8. Gaius lib. 11. ad Ed. provinc.

XXXI. *Ex eo quod diximus Donationem manumissionis causa factam tunc demum perfectionem suam accipere quum servus donatus manumittitur, duo sequuntur consectaria.*

Primum : Si eum Uxori donet maritus, qui ejus erat conditionis ne unquam ad libertatem perduci possit; dicendum est, omnino nihil agi hac Donatione. *l.* 9. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

Alterum ex Papiniani sententia consectarium infert Ulpianus in quæstione sequenti. Ita ille : Uxori quis donavit servum, ita ut eum intra annum manumitteret. An si, mulier non obtemperet

(1) Nam si in uxorem dominium transiret, acquireret aliquid ex causa Donationis, fieretque interim locupletior; quod Jura non permittunt.

(2) Uxor cui donatum est.

(3) Ante mortem viri donatoris.

(4) Nam subtilitate Juris adversari videbatur, at post mortem uxoris donatariæ inciperet valere Donatio.

(5) Mulier.

(6) *Latus-Clavius* erat purpura quæ supra vestem demittebatur in pectus Senatorum : et erat dignitatis Senatoriæ insigne; concedebatur tamen ex indulgentia Principis aliquibus Equitibus. Cujac. Observ. XII. 39.

(7) *Ludorum* edendorum *gratia*, si forte erat in magistratu positus.

(8) Ut ad gradus militiæ promoveretur. Alii intelligunt de sumptibus quos interdum faciebant Magistratus quum procederent in publicum, puta ad ludos : missilia spargebant in vulgus. Vid. l. 2. et 4. Cod. *de Consul.*

(9) Honorarium Decurionatus, pro introitu a Decurionibus dari solitum : ita Budæus *Annot. in Pand.* et D. Noodt.

(10) Non ante; esset enim interim locupletior ex causa Donationis; quod Jura non permittunt.

(11) Nec enim manumittere potest servum qui nondum ejus effectus est.

(12) Pro *sed.*

(13) Quum vir uxori donat servum manumissionis causa; tunc demum ex hac causa dominium servi in uxorem transfertur, quum hunc servum ex lege Donationis manumittit : eodem scilicet instanti hujus servi dominium ad uxorem transit et ab ea discedit per manumissionem. Quum autem mulier servum sibi donatum, *ut intra annum illum manumitteret*, demum post annum elapsum manumittit, non jam manumittit ex lege Donationis quæ conclusa fuit intra annum qui elapsus est : non igitur consecuta est ejus servi dominium, quod consequi non potuit nisi eum manumittendo ex lege Donationis. Ergo *nihil agit* manumittendo hunc servum cujus dominium non est consecuta.

voluntati, Constitutio D. Marci (1) imponat ei libertatem si vir vel vivit vel etiam diem suum obierit? Et ait Papinianus, Cum Sabini sit sententia recepta, qui putat tunc fieri servum ejus cui donatur quum cœperit libertas imponi; ideoque, nec si velit mulier, post exactum tempus possit manumittere; recte dici, non esse Constitutioni locum: nec voluntatem mariti posse Constitutioni locum facere, cum proprium servum possit manumittere. Quæ sententia mihi quoque probatur: quià venditor sive donator non sibi vult legem imponi, nec potest, sed ei qui accepit. Dominio igitur penes se remanente, nequaquam effectum habebit Constitutio. *d. l.* 7. § 8. Ulp. lib. 31. ad Sabin.

XXXII. *Circa Donationes manumissionis causa factas unum superest observandum. Nimirum* Si pecunia accepta mulier manumiserit, vel operas ei imposuerit: ait Julianus, operas quidem eam licito jure impositur am, et tenere obligationem: nec videri mulierem ex re viri locupletiorem fieri, cum eas libertus promittat. Quod si pretium ob manumissionem acceperit mulier, et sic manumiserit: si quidem ex peculio suo dedit, nummos mariti (2) manere; sin vero alius pro eo dedit, fient nummi mulieris (3). Quæ sententia recte se habet. *l.* 9. § 1. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

Quintum Exemplum.

XXXIII. *Cum Donatio ex qua conjux non fit locupletior, permittatur; hinc valet illa quæ fit conjugi tanquam interpositæ personæ ut alteri licite donetur.*

V. G. in ea specie. « Sulpicius Marcello. Mulier » quæ ad communem filium volebat (qui in potes- » tate patris erat) post mortem patris fundum per- » venire; eum patri tradidit, uti post mortem res- » tituatur filio. Quæro an Donatio tibi videatur, ut » nihil agatur? An valeat quidem; sed mulieri po- » testas datur, si noluerit, eum repetere »?

Respondit: Si color vel titulus (ut sic dixerim) Donationi quæsitus est, nihil valebit traditio; id est, si hoc egit [a] uxor ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus. Alioquin, si solo ejus ministerio usa est, et id egit, ut vel revocare sibi liceret, vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret: cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est, extraneo in hanc causam tradidisset? *l.* 49. Marcellus. lib. 7. digest.

Sextum Exemplum.

XXXIV. *Valet etiam Donatio conjugi facta, quæ magis in sarciendo damno quod passus est, quam in lucro ipsi quærendo consistit: tanquam ex ea locupletior non videatur.*

V. G. Quod si vir uxori, cujus ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit; valet Donatio in tantum, in quantum ædificii extructio postulat. *l.* 14. Paul. lib. 71. ad Ed.

Septimum Exemplum.

XXXV. *Permittuntur etiam illæ Donationes Inter Virum et Uxorem quæ in usu momentaneo alicujus rei consistunt: quasi non videatur donatarius hinc factus locupletior, quamvis donator pauperior extiterit rebus ex usu deterioribus factis.*

Hinc Papinianus: Res in dotem æstimatas, consentiente viro, mulier in usu habuit. Usu deteriores si fiant, damni (4) compensatio non admittitur. *l.* 53. § 1. Papin. lib. 4. respons.

Obiter nota quod Easdem res non potest mulier sibi quasi donatas defendere, ex illis verbis quibus Donationes ei a viro legatæ sunt (5): cum ejusmodi species, neque donari, neque auferri videtur. *d.* § 1.

Papiniano suffragatur Pomponius: Si vir Uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit, vel in ædibus ejus gratis habitaverit; valet Donatio. *l.* 18. Pompon. lib. 4. ex variis lectionibus.

Similiter Si quas servi operas Viri Uxori præstiterint, vel contra: magis placuit nullam habendam earum rationem. Et sane non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ Donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes. *l.* 28. § 1. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Quinetiam eo casu quo tales operæ expresse donatæ non forent; dicendum tamen est, Si Uxor lana sua, operis ancillarum viri, vestimenta suo nomine confecit muliebria; et vestimenta mulieris esse, et pro operis ancillarum viro præstare nihil debere (6); sed viri nomine vestimenta confecta virilia, viri esse; ut is lanæ pretium uxori præstet. Sed si non virilia vestimenta suo nomine mulier confecit, sed ea viro donavit; non valere Donationem: cum illa valeat, quum viri nomine confecit; nec unquam operas ancillarum viri æstimari convenit. *l.* 31. § 1. Pompon. lib. 14. ad Sabin.

Unde Celsus: Utrum negotium uxoris gerens, an officio mariti ductus, in rem ejus impenderit vir, facti, non Juris est quæstio. Conjectura ejus rei ex modo et ex genere impensæ non difficilis est. *l.* 47. lib. 1. digest.

(1) De qua in Tit. *Qui sine manum.* infra lib. 40.

(2) Quia peculium est in bonis mariti: nihil autem potest mulier acquirere ex bonis mariti quo locupletior fiat.

(3) Cum maritus non fiat pauperior.

[a] *Florent* exigit.

(4) Non compensabitur doti quam vir restituere debet, id quanti res ex usu mulieris facta est deterior: nam mulier jure usa est, valuitque Donatio hujusce usus.

(5) Sensus est, uxorem cui maritus legavit his verbis; *Ea quæ uxori dedi donavi, ei lego;* non posse contendere hoc legato contineri eas res quarum usum duntaxat maritus ipsi vivus permisit: quia earum usum permittendo, non videtur eas donare; non videntur a muliere ipsi auferri, sed ejus manent.

(6) Vir enim has operas donasse præsumitur; et talis Donatio valet.

Octavum Exemplum.

XXXVI. Et si pignus vir uxori vel uxor viro remiserit; verior sententia est, nullam fieri Donationem existimantium (1). *l.* 8. *ff. Quæ in fraud. credit.* PAPIN. LIB. 26. QUÆSTION.

Obiter nota: Quod sine dubio si in fraudem creditorum fiat, actione (2) utili revocabitur. Idemque est, et si quivis debitorum in fraudem creditorum pignus omiserit. *d. l.* 18.

Ultimum Exemplum.

Non tanti etiam videtur commodum repræsentationis debitæ in diem pecuniæ, ut ex eo solo Donatio intelligatur. Igitur Quod vir uxori in diem debet, sine metu Donationis præsens solvere potest; quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit. *l.* 31. § 6. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

§ 4. *De natalitiis, aliisve munusculis; necnon de Donationibus quæ alterius causæ sequela sunt; ut separari non possint.*

XXXVII. *Xenia quæ Kalendis Martiis et Saturnalibus mittuntur, inter conjuges permittuntur; modo sint modica.*

Quod Si vir uxori munus immodicum Kalendis (3) Martiis aut natali (4) die dedisset, Donatio est (5); sed si impensas (6) quas faceret mulier quo honestius se tueretur, contra est. *d. l.* 31. § 8.

XXXVIII. *Denique de conjugibus* Generaliter tenendum est; quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, aut per interpositas personas Donationis causa agatur, non valere. Quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit; si separari non potest, nec donationem impediri (7): si separari possit, cætera valere; id quod donatum sit, non valere. *l.* 5. § 2. ULPIAN. LIB. 32. AD SABIN.

ARTICULUS III.

Circa nonnullas species quæritur, an Donationem inter conjuges contineant.

Species Prima.

XXXIX. *Non est Donatio quum mulier dat promittitve aliquid viro in pensationem onerum matrimonii quæ debet sustinere.*

Hinc Si uxor viro dotem promiserit, et dotis usuras: sine dubio dicendum est peti usuras posse; quia non est ista Donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur. *l.* 21. § 1. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

XL. *Vice versa non est Donatio, si Vir Uxori det in pensationem alimentorum quæ ei debet exhibere. V. G. recte ei dat annuum aut menstruum, non aliter tamen quam si in vicem alimentorum datum fuerit.*

Hinc circa usuras dotis ab uxore debitas, addit Ulpianus: Quid tamen si maritus uxori petitionem earum remiserit (8); eadem erit quæstio, an Donatio sit illicita; Et Julianus hoc diceret: quod et verum est. Plane si convenerat uti se mulier pasceret, suosque homines; idcirco passus est eam dote sua frui, ut se suosque aleret: expeditum erit. Puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est. *d.* § 1. ¶ *qui tamen.*

Quum autem vir uxorem ipse alit, non valet donatio annui, quamvis eam falso alimentorum nomine prætexuerit. Hoc docet Julianus.

Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat, interque eos convenerat ut mercedes ejus fundi Vir Uxori annui nomine daret. Deinde eum fundum vir matri mulieris certa pensione colendum locaverat; eaque, quum mercedes ejus fundi deberet, decesserat; et filiam suam solam heredem reliquerat; et divortium factum erat. Vir deinde petebat a muliere mercedes quas mater debuerat. Placuit exceptionem mulieri dari non debere; Ac si inter se et virum non convenisset, ut hæ mercedes sibi alimentorum nomine darentur: com futurum sit ut quodammodo Donationes Inter Virum et Uxorem confirmentur. Nam quod annui nomine datur species est Donationis. *l.* 22. *ff. de Pact. Dotalibus* LIB. 2. AD URSEIUM-FEROCEM.

In speciem autem Donationis non cadit annuum; sive præstetur ut revera hinc se alat mulier, sive in vicem alimentorum quæ jam de suo sibi exhibuit.

Nam Illud constat; si antequam a viro annuum acciperet mulier, ipsa de suo aut etiam mutuata

(1) Id est, existimantium hoc non haberi pro Donatione. Enimvero mulier debitrix cui pignus remittitur, non est locupletior ex hac Donatione; cum tantumdem in ære alieno habeat, licet jam non sub pignore.

(2) *Pauliana* scilicet *In factum* actione, quæ datur ex Edicto QUÆ IN FRAUDEM CREDITORUM, etc. Vid. infra lib. 42.

(3) Ut viri Saturnalibus, ita feminæ Martiis Kalendis munera accipiebant. Hinc Martialis.

Scis certe (puto) vestra jam venire
Saturnalia, Martias Kalendas.
Tunc reddam tibi, Galla, quod dedisti.

Hinc has Kalendas Juvenalis vocat *femineas:*

Munera FEMINEIS *tractas secreta Kalendis.* Sat. IX.

(4) Munerum quæ natali die Romani a cognatis, amicis, et clientibus accipiebant, passim apud omnes Autores mentio.

(5) Prohibita: ergo si minus immodicum non sit, prohibitum non est.

(6) Id est, *Si ei donasset unde impensas faceret quo*, etc.

(7) Finge; Titius et uxor mea prædium commune vicinum prædio meo habent. Si iter vel actum per prædium meum, donaturus Titio concedere velim; cum non possim illud ipsi concedere, quin et uxori meæ concedam, valebit Donatio servitutis uxori facta, quia non potest separari ab ea quæ fit Titio.

(8) Hæc remissio usurarum dotis viro debitarum, est annui cujusdam Donatio; quam hic definit non valere, nisi facta sit in vicem alimentorum mulieris.

impenderit; videri tantum jam ex annuo consumptum. *l.* 28. § 6. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

XLI. *Uxori in ipsius alimenta videtur præstitum : non solum si in propria, sed si in ipsius familiæ alimenta donatum sit.*

Hinc Antoninus Theodoræ cuidam rescribit : Fructus prædiorum in dotem datorum, si secundum pactum sumptibus tuis tuorumque servierunt, repeti non posse ambigere non debes. *l.* 2. *Cod. de Pact. convent. sup. dot.*

Quod diximus, in speciem Donationis non cadere quod præstatur in alimenta familiæ uxoris; accipe de ea familia quæ sit in communi usu, non ejus quæ sit uxori peculiaris.

Hinc Scævola, Item quum quæreretur de cibariis mancipiorum, respondit : Tempore quidem concubinatus data cibaria repeti non possunt; sed nec tempore matrimonii, si ea mancipia uxoris in communi usu fuerint. *l.* 58. § 1. LIB. 2. RESPONS.

Pariter Pomponius : Quæ vir cibaria uxoris familiæ jumentisve præstiterit quæ in usu communi erant, non condicentur. Quod si familiam domesticam uxoris aut venalitiam pavit (1); contra puto observari debere. *l.* 31. § *fin.* POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

XLII. *Viatica non secus ac alimenta, sunt dotis onus quum mulier voluntate viri iter facit.*

Unde Ulpianus : Si quis pro uxore sua vectigal quod in itinere præstari solet, solvisset : an quasi locupletior esset ea facta, exactio fiat? an vero nulla sit Donatio? Et magis puto non interdictum hoc; maxime si ipsius causæ profecta est. Nam et Papinianus libro 4 Responsorum scripsit, Vecturas uxoris et ministeriorum ejus virum itineris sui causa datas repetere non posse. Iter autem fuisse videtur viri causa, et quum uxor ad virum pervenit. Nec interesse an aliquid de vecturis in trahendo matrimonio convenerit : NON ENIM DONAT, QUI NECESSARIIS ONERIBUS SUCCURRIT. Ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas, et aliquid maritus expensarum nomine ei præstiterit; hoc revocandum non est. *l.* 21. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

XLIII. *Quod hactenus diximus, valere quod Vir Uxori donat pro alimentis, tanquam hoc non sit Donatio; duas limitationes patitur.*

Primo enim Ex annuo vel menstruo quod Uxori maritus præstat (2), tunc quod superest revocabitur si satis immodicum est; id est, supra vires dotis. *l.* 15. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Altera limitatio est; ut eorum annuorum Donatio hactenus valeat, ut data condici non possint; non vero ut promissa peti possint.

Hinc ita rescribit Gordianus : Sicut cessat petitio quantitatis, quam de suo maritus uxori in menses singulos vel annos singulos proprii usus ejus gratia promittit; ita et ex ea causa nummis solutis erogatisque, non dari repetitionem manifestum est. *l.* 11. *Cod. h. t.*

Similiter Illud recte dictum Celsus ait : Si dotis usuras annuas uxor stipulata sit, licet ei non debeantur, quia tamen quasi de annuo convenit, peti quidem Dotis judicio non possunt; compensari (3) autem possunt. Idem ergo dicemus in qualibet pactione annui nomine facta. *l.* 28. § 7. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Interdum tamen mulieri etiam petitio dabitur ejus quod in causam alimentorum aut viatici vir ipsi promisit; scilicet si mulier tantum de suo impendit.

Hinc Papinianus in specie sequenti. Convenit ut mulier viri sumptibus, quoquo iret, veheretur; atque ideo mulier pactum ad (4) litteras viri secuta, provinciam in qua Centurio merebat, petit. Non servata fide conventionis, licet directa actio nulla (5) competit, utilis tamen in factum danda est. *l.* 26. § 3. *ff. de Pact. dotal.* PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

XLIV. *Viatica, alimenta, necnon annua eo nomine uxori a viro data, non cadere in speciem Donationis vidimus.*

Contra Si uxor marito annuum versa vice præstiterit : restituetur ei hoc; et poterit vindicare id quod exstat. Credo, poterit et condicere ei quantum locupletior factus est; quia non tam solenne est annuum quod maritus uxori pendit, et quod uxor marito præstat : imo congruens est, et contra sexus naturam (6). *l.* 33. § 1. ULP. LIB. 26. AD SABIN.

Species Secunda.

XLV. *Donatio inter conjuges non videtur; si conjux illi rei quam ante nuptias donavit, aliam non majoris pretii constante matrimonio substituat.*

Hinc Scævola : Si prædia et mancipia Seiæ data, effecta sint ejus, tempore concubinatus; ac postea tempore matrimonii, aliis acceptis reddita sunt : quid Juris est? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, negotium (7) potius gestum videri quam Donationem intervenisse. *l.* 58. LIB. 2. RESPONS.

Quinctium in specie sequenti : Sponsus alienum

(1) Vir scilicet.

(2) Vice alimentorum, ut supra : alias nulla esset donatio.

(3) Id est, si vir hoc datum condicere velit, excludetur : et compensabitur hoc datum cum alimentis quæ, quum vir uxori præstare deberet, ipsa mulier sibi exhibuit aut est exhibitura ex eo dato.

(4) Græci legunt, *ac litteras*; scilicet quibus vir jubebat eam venire.

(5) In hac specie (inquit Cujacius) nuda pactio est, non contractus innominatus : nec enim vir promittit dare mulieri ut quid faciat; ut veniat ad se; sed simpliciter promittit, *Quocumque ibis, dabo.* Cum tamen æquum non sit mulierem quæ litteras viri secuta sumptus fecit, decipi; recurritur ad generalem actionem IN FACTUM, subsidiariam actionis *De dolo.*

(6) Nam vir eum in hoc dotem accipiat, alimenta uxori debet; non vero uxor viro.

(7) Id est contractum; scilicet permutationem.

annulum muneri misit; et post nuptias pro eo suum dedit. Quidam (et Nerva) putant fieri eum mulieris; quia tunc factam Donationem confirmare videtur, non novam inchoare. Quam sententiam veram esse accepi. *l.* 36. § 1. PAUL. LIB. 36. AD ED.

Species Tertia.

XLVI. *Non videtur etiam Donatio, quæ præcedentis Donationis repensatio est. V. G.* Si uxor nummis a viro aut ab eo qui in ejus potestate esset, sibi donatis servum emerit; deinde quum ejus factus fuerit, eum ipsum Donationis causa viro tradiderit; rata erit traditio, quamvis ea mente facta fuerit qua cæteræ Donationes : neque ulla actio ejus nomine dari potest (1). *l.* 67. LABEO. LIB. 2. PITHANON A PAULO EPITOMATORUM.

Species Quarta.

XLVII. *Non videtur etiam Donatio in specie sequenti.* Si quis rogatus sit præcepta certa quantitate uxori suæ hereditatem restituere, et is sine deductione restituerit; Celsus libro 10 Digestorum scripsit, Magis pleniore officio fidei præstandæ functum maritum quam donasse videri. Et rectam rationem huic sententiæ Celsus adjecit; quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quam donant; nec de suo putant proficisci quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti. Nec immerito sæpe credimus aliquid defunctum voluisse, et tamen non rogasse. Quæ sententia habet rationem, magis in eo qui non erat deducta quarta rogatus restituere; et tamen integram fidem præstitit omisso Senatusconsulti commodo. Hic enim vere fidem exsolvit, voluntatem testatoris obsecutus. Hoc ita, si non per errorem calculi fecit. Cæterum (2) indebiti fideicommissi esse repetitionem, nulla dubitatio est. *l.* 5. § 15. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

ARTICULUS IV.

Quæ Donationes prohibeantur, necne, inter socerum et generum nurumve; Uxorem, et liberos Viri.

XLVIII. Ex quibus causis Inter Virum et Uxorem concessæ sunt Donationes; ex iisdem et inter socerum et generum nurumve concessas, Neratius ait. Ergo socer genero mortis (3) vel divortii causa donabit: sed et gener socero mortis suæ vel divortii causa. *l.* 26. § 1. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Mortis autem suæ causa genero vel nurui socerum frustra donare convenit : quia, mortuo socero, nuptiæ non solvuntur. Nec interest an pater filium vel filiam exheredaverit. Divortii species, eadem ratione, diversa est. *l.* 53. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

XLIX. *Quamvis uxor liberis qui sunt in potestate viri donare non possit; conceditur tamen ei ut pro communi filia dotem constituat.*

Hinc Sive uxor marito res donasset, isque eas in dotem pro communi filia dedisset; sive post Donationem quam in maritum contulit, uxor passa est eum pro filia in dotem dare : benigne dici potest, etsi prima Donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere dotis dationem. *l.* 34. ULP. LIB. 43. AD SABIN.

(1) Ad eum repetendum.

(2) *Cæterum* pro *alioquin* : scilicet si per errorem calculi fecit.

(3) Mortis uxoris scilicet, non suæ; ut modo dicetur.

SECUNDA PARS.

De inutilitate Donationum Inter Virum et Uxorem; et de his quæ inde consequuntur.

ARTICULUS I.

De traditionis ex causa Donationis inter conjuges inutilitate ad transferendum dominium; et de Vindicatione quæ donatori competit.

L. Sciendum autem est ita interdictam Inter Virum et Uxorem Donationem, ut ipso Jure nihil valeat quod actum est.

Proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet. *l.* 3. § 10. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri ejus apparet; quia nihil corporis ejus fieri palam est. *d. l.* 3. § 11.

Sed si debitorem suum ei solvere jusserit : hic quæritur an nummi fiant ejus, debitorque liberetur? Et Celsus libro 15 Digestorum scribit, Videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris. Nam etsi Donatio Jure Civili non impediretur; eum rei gestæ ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret. Nam celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultari. Cæterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. Nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere. Nam et si is qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo, jubente te, pecuniam acceperit : et Furti actionem te habere constat, et ipsam pecuniam tuam esse. *d. l.* 3. § 12.

Huic sententiæ consequens est quod Julianus libro 17 Digestorum sceipsit; Si donaturum mihi jussero Uxori meæ dare. Ait enim Julianus, nullius esse momenti. Perinde (1) enim habendum atque si ego acceptam et rem meam factam, Uxori meæ dedissem. Quæ sententia vera est. *d. l.* 3. § 13. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Idemque est et si mortis causa traditurum mihi, jusserim Uxori tradere: nec referre convaluerit donator an mortuus sit. Neque existimandum est, si dixerimus valere Donationem, non fieri me pauperiorem: quia sive convaluerit donator (2), Condictione tenebor (3); sive mortuus fuerit (4), rem quam habiturus eram in bonis meis (5), desinam propter Donationem habere. *l.* 4. JULIAN. LIB. 17. DIGEST.

Consonat quod ait Scævola: Si quod mihi mortis causa donare vellet, ego pure Uxori donare vellem, non valet quod Uxori juben dari: quia illo convalescente, Condictione teneor; mortuo autem, nihilominus pauperior sum; non enim habeo quod habiturus essem. *l.* 56. LIB. 3. QUÆSTION.

LI. *Ex eo quod traditio rei ex causa Donationis inter Virum et Uxorem facta non transfert ejus dominium, hæc sequuntur consectaria.*

Consectarium primum.

Si donatæ res extant, etiam vindicari poterunt. *l.* 36. PAUL. LIB. 36. AD ED.

Nota: Sed quia causam possidendi Donatio præstitit; nisi reddatur res, æstimatio facienda est justo pretio (6): caverique possidenti debebit de evictione (7), simpli quanti ea res sit. Idque etiam Pedio videtur. *d. l.* 36.

Quinetiam De eo quod Uxoris in ædificium viri ita conjunctum est ut distractum alicujus usus esse possit, dicendum est agi posse; quia (8) nulla actio est EX Lege XII Tabularum, quamvis (8*) Decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum ædificium conjunctæ essent. Paulus notat: Sed in hoc solum (9) agi potest, ut sola vindicatio, soluta ea, competat mulieri; non in duplum ex Lege XII Tabularum: neque enim fortivum est, quod sciente domino inclusum est. *l.* 63. PAUL. LIB. 3. AD NERAT.

Pariter quum vir Donationis causa tignum suum ædibus Uxoris junxit: Marcellus, libro 7 Digestorum scribit, Etiam eum detrahere sine mulieris damno, et citra metum Senatusconsulti (10) quod detrahentibus negotiationis causa occurrit (11). *l.* 45. ULP. LIB. 17. AD ED.

LII. *Consectarium secundum.*

Ex eo quod res ex causa Donationis inter conjuges tradita maneat Donatoris, sequitur fieri etiam ejus quidquid huic rei accedit.

Hinc Si vir Uxori aream donaverit, et uxor in

(1) Hæc objectio fieri poterat; valet Donatio uxori facta ex qua vir non est pauperior: porro hic non videtur pauperior, cum non donat de suo. Hanc objectionem sic confutat: imo de suo donat: *perinde enim*, *etc.*

(2) Is scilicet qui mihi donaturus uxori meæ dedit.

(3) Erga illum; quasi acceperim quod jussu meo uxori dedit.

(4) Et sic Donatio quam mihi mortis causa fecit, confirmata sit.

(5) Et quam per fictionem brevis manus intelligor habuisse.

(6) Jure singulari non permittitur marito, rem quam ex causa Donationis tradidit vindicanti, jurare in litem. Debet ei sufficere si justum pretium recipiat: de se queri debet quod ipse causam possidendi uxori præstiterit, quum ei donavit.

(7) Regulariter petitor qui a possessore rem restituere nolente æstimationem litis recipit, non cavet ei de evictione: uxori autem Jure singulari hoc casu cavetur, quia *Res inter conjuges non sunt amare tractandæ:* supra l. 28. § 2. N. 35.

(8) Hic legendum *quamvis* pro *quia*; et paulo infra (8*) legendum *quia* pro *quamvis*. Hujusmodi menda non sunt infrequentia in Pandectis. Sensus est: QUAMVIS regulariter non possit agi *Ad exhibendum* aut *rei vindicatione*, eorum nomine quæ ædibus juncta sunt; tamen hoc casu agi potest: QUIA Lex XII Tabularum quæ hoc inhibet, spectat casum quo tignum ædibus contra voluntatem domini junctum est; non vero hunc casum quo voluntate domini ex causa illicitæ Donationis junctum est. Hanc porro Neratii sententiam in quo Paulus mox improbet, vide notam sequentem.

(9) Quod mox dixit Neratius, *Agi posse* de eo quod ab uxore donatum maritus ædificio suo junxit, intelligit de actione AD EXHIBENDUM ut tignum solvatur etiam constante ædificio: alioquin frustra observasset loqui se de eo tigno *quod ita conjunctum est ut distractum alicujus usus esse possit* mulieri. Nititurque Neratius ratione petita ex mente Legis XII Tab. quod scilicet lex quæ vetat AD EXHIBENDUM agi ut solvatur, simul dat actionem IN DUPLUM pretii pro eo quod Dominus re sua invitus carere cogitur: *Decemviros* autem *non sit credibile de his sensisse quæ voluntate* dominorum *junctæ essent.* Hoc notat Paulus: et sententiam Neratii emendans ait, *Agi posse* tunc demum quum res soluta erit; id est, ædificium quandoque aliquo casu dirutum; agi autem non posse (ut vult Neratius) quamdiu juncta manet.

Etsi enim Neratio hoc concedatur, Legem XII Tabularum non de eo casu intelligendam esse quo res voluntate domini juncta est; ratio tamen ejusdem Legis, ne ædificia diruantur; eadem prorsus militat etiam in eo casu: quod sufficit ut tignum solvi non debeat. Sane (inquit Paulus) hoc Decemvirorum menti congruere fatemur cum Neratio, ut actio IN DUPLUM ex Lege XII Tabularum eo solo casu competat quo tignum furtivum est, aut saltem alieno ædificio junctum citra voluntatem domini. Hæc proinde IN DUPLUM actio non competit in hac specie, qua tignum *sciente domino inclusum est;* licet ipsi actio AD EXHIBENDUM debeat ex ejusdem Legis mente et ratione denegari. Igitur una eo casu mulieri actio superest, et quidem SOLA; nimirum *re soluta* VINDICATIO.

(10) De quo infra ad Titulos de *Legatis*. Part. 1. art. fin.

(11) Quum enim maritus ea detrahit ex ædificio uxoris cui ea Donationis causa junxerat; ea detrahit usus sui causa duntaxat, non vero commercii causa, id est, non ex causa ullius venditionis aut Donationis: adeoque non peccat in Senatusconsultum quod prohibet eas demolitiones quæ fiunt promercii causa.

ea insulam ædificaverit; ea insula sine dubio mariti est.

Sed eam impensam mulierem servaturam placet. Nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensæ mulierem facturam. *l.* 31. § 2. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

Consectarium tertium.

Ex eo quod res ex causa Donationis inter conjuges tradita maneat Donatoris, illud etiam sequitur. Si id quod donatum sit perierit, vel consumptum sit; ejus qui dedit, detrimentum est. Merito; quia manet res ejus qui dedit, suamque rem perdit. *l.* 28. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Hoc ita quum citra dolum donatarii res extincta est.

Quod Si mulier dolo fecerit ne res extaret sibi a marito donata: vel Ad exhibendum, vel Damni injuriæ cum ea agi poterit; maxime si post divortium id commiserit. *l.* 37. JULIAN. LIB. 17. DIGEST.

LIII. *Ipsa quidem res quæ causa Donationis inter Virum et Uxorem tradita est, quandiu extat, manet Donatoris et vindicari ab eo potest: at quod ex ea comparatum est, fit donatarii; nec vindicari a donatore potest.*

Ita enim Gordianus: Etsi de tua pecunia mancipia Uxori tuæ comparata sunt; tamen si ei tradita sunt, eorum dominium non ad te, sed ad eam pertinet: pecuniæ autem tantummodo repetitionem habes; sive negotium ejus gerens numerationem fecisti; sive in eam donationem conferens quantitatem pretii largitus es. Etenim vel in solidum (1), vel quatenus locupletior facta est (2), actione eam ea competenti experiri poteris. *l.* 9. *Cod. h. tit.*

Pariter Diocletianus et Maximianus: Si filii tui emancipati, matris hereditatem sibi acquisierunt; proba apud Præsidem provinciæ, non donandi animo te nomine Uxoris tuæ prædia comparasse; sed nominis (3) duntaxat ejus titulo usum, per possessionem rerum a venditoribus tibi traditarum dominum esse effectum: ut, comprehensa (4) filiorum tuorum injuria, proprietatis jus incolume perseveret. Nam si largiendi (5) proposito id te fecisse constiterit, pecuniæ tibi persecutio competit (6). *l.* 16. *Cod. h. tit.*

Item quum res donata in aliam speciem transit, fit etiam Donatarii nova species. Hinc Si Vir Uxori lanam donavit, et ex ea lana vestimenta sibi confecit, Uxoris esse vestimenta Labeo ait. *l.* 29. § 1. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

Utilem (7) tamen viro competere. *l.* 30. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Sed si vir lana sua vestimentum mulieri confecerit, quamvis id Uxori confectum fuerit et Uxoris cura, tamen viri esse: neque impedire, quod in ea re uxor tanquam lanipendia (8) fuerit, et veri negotium procuraret. *l.* 31. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

ARTICULUS II.

De inutilitate promissionis aut acceptilationis ex causa Donationis inter conjuges factæ.

LIV. *Vidimus Traditionem ipsam inutilem esse ad transferendum dominium rei inter conjuges donatæ. A fortiori igitur* Et si stipulanti promissum sit vel acceptolatum; nihil valet. Ipso enim Jure, quæ inter Virum et Uxorem Donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. *l.* 3. § 10. ff *et si.* ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Observa quod Si maritus duos reos habeat, Titium et mulierem; et mulieri accepto tulerit Donationis causa, neuter liberatur: quia acceptilatio non valet. Et hæc Julianus, libro 17 Digestorum scribit. Planc si mihi proponas Titio acceptolatum; ipse quidem liberabitur: mulier vero manebit obligata (9). *l.* 5. § 1. ULPIAN. LIB. 32. AD SABIN.

LV. *Neque solum si vir ipse; sed et* Si debitor viri pecuniam jussu mariti, Uxori promiserit; nihil agitur. *d. l.* 5. § 3.

Unde Julianus: Vir Uxori pecuniam quum donare vellet, permisit ei ut a debitore suo stipuletur. Illa quum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit. Quæro utrum vir eam suam petere debeat, an ex ea promissione, propter Donationis causam actio nulla esset? Respondi,

(1) Si ut negotium gerens numerasti.

(2) Si numerasti animo ei donandi; ut mox infra l. 16. Cod. h. t. Vid. et infra Art. 3.

(3) Sed tibi ea te comparasse, quamvis instrumento emptionis nomen Uxoris insertum sit.

(4) Id est, ut, intellecta e Præside injuria quam tibi inferri volunt tui filii (dum hæc prædia quasi ex hereditate materna retinere volunt, cum soli tu et eorum emptioni mater eorum duntaxat nomen suum tibi accommodaverit) *proprietatis jus*, quod tuum est, *incolume* perseveret.

(5) Sed si proposito donandi uxori revera ea prædia Uxori comparasti.

(6) Non vero prædiorum quæ ex pecunia tua, quam perperam uxori donasti, ipsi revera comparata sunt.

(7) Non *Directam*: quia lana quæ donata est, in novam vestimenti speciem transit; quæ species, si subtilitatem Juris spectamus, non est viri.

(8) *Lanipendia* est quæ lanificis curam præbet, totiusque lanificii curam gerit. Cujac. Observ. IX.

(9) Acceptilatione quidem uni reo facta, correus liberatur. Verum hæc regula exceptionem patitur, si lex aliqua impediat hunc correum liberari. Nec obstat quod dictum est supra N. 38. sustineri Donationem conjugi factam, si sit appendix alterius causæ *a qua separari non possit*. Nam quum Titium et uxorem meam correos debendi habeo, et Titio accepto fero; non ita commixta est causa liberationis uxoris cum causa liberationis Titii, quin ab ea possit separari: nil enim repugnat Titium liberari, uxore manente obligata.

Inanem fuisse eam stipulationem. Sed si promissor mulieri ignorans solvisset; si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest; sed (1) si actiones suas marito præstare paratus est, Doli mali exceptione se tuebitur. Ideoque maritus hanc pecuniam, debitoris nomine vindicando (2), consequetur. Sed si pecunia non extat, et mulier locupletior facta est, maritus eam petet (3). Intelligitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor Doli mali exceptione se tueri potest. *l.* 39. LIB. 5. EX MINICIO.

Vice versa nihil agitur non solum quum ipsi conjugi Donationis gratia promitto, sed et quum alteri ejus jussu.

Hinc Si Uxor, viri creditori, Donationis causa, promiserit et fidejussorem dederit; neque Virum liberari, neque mulierem obligari, vel fidejussorem ejus, Julianus ait: perindeque haberi ac si nihil promisisset. *sup. d. l.* 5. § 4.

ARTICULUS III.

De Condictione quæ Donatori competit quatenus Donatarius ex rebus donatis locupletior factus est.

LVI. In Donationibus Jure Civili impeditis, hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est; ut, si quidem extet res, vindicetur; si consumpta sit, condicatur hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est. *l.* 5. § 18. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Quia quod ex non concessa Donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur. Ex quibus causis Condictio nasci solet. *l.* 6. GAIUS. LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Locupletior autem intelligitur, etsi non sit solvendo; si rem aliquam habeat ex pecunia donata comparatam.

Hoc docet Paulus: Uxor marito suo pecuniam donavit. Maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit. Solvendo non est; et res extant. Quæro, si mulier revocet Donationem, an utiliter Condictitia (4) experiatur? Videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex Donatione locupletior effectus; cum pecunia mulieris res comparata extet? Respondi, Locupletiorem esse ex Donatione, negari non potest. Non enim quærimus quid deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo (5) enim separatur hic ab eo cui res donata est, quod ibi (6) res mulieris permanet, et vindicare directo potest (7). Et erit deterior causa viri, si ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est, condicatur; quam si Dotis judicio (8) conveniatur. Sed nihil prohibet etiam IN REM utilem mulieri in ipsas res accommodare. *l.* 55. PAUL. LIB. 6. QUÆST.

LVII. *Cum Donatarius qui ex pecunia sibi donata quid comparavit, eatenus videatur locupletior; sufficiet id reddi quale est.*

Hinc Javolenus: Servis Uxoris Vir nummos in vestiarium dederat; quo parato deinde intra annum divortium intercesserat. Placuit Labeoni et Trebatio qualia vestimenta post divortium essent, talia viro reddi. Idem Juris futurum fuisset, si ipsa vestimenta vir emisset et servis dedisset. Quod si vestimenta non redderentur, tum virum pretium in dote compensaturum. *l.* 66. § 1. *ff. Solut. matrim.* JAVOLENUS LIB. 6. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

Quod si ex re quam Donatarius ex pecunia donata paravit, aliquid profectum sit quod extet; hoc quoque computabitur in eo quatenus est locupletior.

Hinc Julianum putasse Pomponius refert, si quid per eum servum quem ex nummis a marito donatis mulier emerit acquisisset; forte legatum, hereditatem; aut partus editus esset: eo quoque nomine petitionem faciendam esse. *l.* 28. § 5. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

LVIII. Quod autem spectatur tempus, an locupletiores sint facti? Utrum tempus litis contestatæ, an rei judicatæ? Et verum est litis contestatæ tempus spectari oportere. Idque Imperator noster cum patre rescripsit. *l.* 7. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Hinc Marcellus ait: Et si Vir Uxori pecuniam donaverit, ipsaque ex ea prædium emerit, æstimari oportere in quantum locupletior facta sit mulier. Proinde etsi prædia hodie vilissimo sunt, consequenter dicemus litis contestatæ tempore æstimationem eorum spectandam. *d. l.* 7. § 3.

(1) *Sed si* debitor ille *paratus sit præstare marito* hanc vindicationem suæ pecuniæ, *se tuebitur* adversus maritum, debitum petentem.

(2) Cessis actionibus.

(3) A muliere, *Condictione sine causa.*

(4) *Condictione* scilicet *ex injusta causa*; quia injuste retinet rem ex donata illicite pecunia comparatam.

(5) Ille de quo agimus, qui possidet rem quam ex pecunia ipsi donata comparavit; in hoc *solo separatur* et differt *ab eo cui* illa ipsa *res* immediate *donata* esset, *quod*, etc.

(6) Scilicet quum ipsa *res* immediate est donata.

(7) Supple: in hac vero specie, res quam vir ex pecunia ab uxore ipsi donata paravit, non est mulieris; nec eam directo mulier vindicare potest; sed potest tantum pecuniam quam donavit, intra hujus rei pretium condicere.

(8) Hinc nota, *Dotis* judicium seu *Rei Uxoriæ* actionem mulieri competere, non solum ad restitutionem dotis, sed ad restitutionem omnium quæ æquum est virum mulieri præstare: ut in hac specie; ad restitutionem pecuniæ quam illicite viro donavit. Cur autem dicit *Deteriorem fore causam viri si hæc pecunia ei condicatur* CONDICTIONE EX INJUSTA CAUSA, *quam si hac* REI UXORIÆ *actione condiceretur*? Cujacius ait: quia prima actione in solidum, altera demum quatenus facere potest condemnatur.

Obiter nota : Plane si magni pretii prædia sunt : summa tantum numerata erit restituenda (1), non etiam usuræ pretii. *d. l.* 7. *d.* § 3.

Summam duntaxat quæ numerata est restitui debere, patet hoc exemplo. Si ex decem donatis sibi mulier servum emerit, et is quinque sit; quinque petenda esse, apud Plautium placuit : quemadmodum si mortuus est, nihil peteretur. Si vero quindecim dignus sit, non plus quam decem potest peti; quoniam eatenus donator pauperior factus esset. *d. l.* 28. § 3.

LIX. *Hic autem* Eleganter tractabitur; Si mulier quindecim prædia emerit, et maritus non totum pretium numeraverit, sed duas partes pretii, hoc est decem; uxor de suo quinque; deinde hæc prædia valeant nunc decem : maritus quantum consequatur? Et magis est, ut consequi debeat duas (2) partes decem; ut quod periit ex pretio, utrique perierit et marito et uxori. *d. l.* 7. § 4.

Elegans est etiam illa quæstio, in specie qua uxor a viro decem Donationis causa accepit.

Quod si ex decem duos servos emerit; et eorum alter mortuus sit, alter decem dignus sit : solet quæri, et plerique (et Pomponius) interesse putant, utrum uno pretio vænierint, an diversis. Si uno, tota decem petenda; quemadmodum si una res empta deterior facta esset; vel grex, vel carruca, et aliqua pars inde perisset : si diversis; hoc solum petendum, quanti sit emptus qui superest (3). *l.* 28. § 4. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

LX. *Ex dictis patet rem ex pecunia donata comparatam, usque ad litem contestatam esse periculo Donatoris.*

Quod Si mulier ex pecunia donata emptum servum vendidisset, et alium emisset; posteriorem periculo mulieris esse, Fulcinius scripsit. Quod non est verum (4); licet non ex re mariti emptus sit. *l.* 29. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

LXI. *Res quam conjux ex pecunia sibi ab altera donata immediate aut meditate comparavit, periculo quidem donatoris conjugis est quum donatarius hac pecunia usus est ut rem emeret. At non item quum ea usus est ut venditorem dimitteret, a quo rem independenter ab illa Donatione emerat : hoc enim casu (etsi res empta minoris sit quam quo vœniit, aut ea interierit) intelligitur locupletior, cum gaudeat liberatione hujus obligationis.*

Hinc Ulpianus : Si uxor rem emit, et maritus pretium pro ea numeravit; interdum dicendum est tutum a muliere repetendum, quasi locupletior ex ea in solidum facta sit : ut puta : si emit quidem rem mulier, et debebat pecuniam, maritus autem a venditore eam liberavit. Quid enim interest, creditori solvat an venditori (5). *l.* 7. § 7. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Item Javolenus : Si quum mulier viginti servum emisset, in eam emptionem vir quinque venditori dedit : divortio facto, omnimodo vir eam summam exiget. Neque ad rem pertinet, an is servus deterior factus sit. Nam et si mortuus esset, quinque exactio ei competeret. Quæritur enim an mulier ex viri patrimonio locupletior sit, eo tempore quo De Dote agebatur. Facta autem intelligitur, quæ ære alieno suo, interventu viri, liberata est, quod potuisset adhuc debere, si vir pecuniam non solvisset. Neque enim interest ex qua causa mulier pecuniam debuit; utrum creditam, an eam quam ex emptione præstare debeat. *l.* 50. LIB. 13. EPISTOLAR.

Quod si mulier non emerat servum; sed ut emeret, a viro pecuniam accepit; tum vel mortuo vel deteriore facto servo damnum ad virum pertinebit : quia quod aliter emptura non fuit nisi pecuniam a viro accepisset, hoc consumptum ei periit qui donavit; si modo in rerum natura esse desiit. Nec videtur mulier locupletior esse, quæ neque a creditore suo liberata est, neque id possidet quod ex pecunia viri emerat. *d. l.* 50. § 1.

LXII. *Ex omnibus supra dictis abunde liquet tunc videri donatarium locupletiorem factum, quum tempore litis contestatæ extat apud ipsum aliquares aut alicujus obligationis liberatio, quam sibi ex re pecuniave donata meditate aut immediate comparaverit.*

Quod si nihil eo tempore extet, non videbitur locupletior. V. G. Non videbitur locupletior facta esse mulier; si aut in obsonio, aut in unguentis, aut in cibariis familiæ, donatam sibi pecuniam impenderit. *l.* 31. § 9. POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

Imo, uno casu, etsi extet aliquid apud donatarium quod ex pecunia donata comparatum sit; non videbitur locupletior : scilicet, si tantumdem ex suo impendit in causam inutilem in quam ei pecunia donata erat, aliter non impensurus.

Unde Si maritus pecuniam uxori in unguenta

(1) Sensus est : Quod diximus uxorem teneri quanti essent res quæ ex pecunia ipsi donata comparatæ sunt, sic accipiendum *est* ut, si hæ res sint nunc magni pretii quod superet quantitatem pecuniæ quæ uxori numerata est, et qua hæ res comparatæ sunt, non tamen teneatur uxor ultra quantitatem pecuniæ quæ ipsi numerata est : sufficitque ut hanc summam reddat, non eam quanti res est, nec etiam usuras ejus pretii quod accepit.

(2) Scilicet duos *trientes* ejus pretii quod ipse dedit; id est, sex et duos *trientes* unitatis : $6 \frac{2}{3}$

(3) Quum diversis pretiis empti sunt duo servi; revera *periit* pretium quo emptus est ille servus qui decessit : non potest autem conjux donator repetere quod ex pecunia donata periit; non poterit igitur repetere nisi pretium quo emptus *est* alter servus qui superstes est, quamvis nunc pluris dignus sit. Quod si ambo uno pretio empti sunt, nihil ex illo pretio periisse videtur, si hoc pretio is qui superest dignus sit.

(4) Nec enim quicquam ab ea condici poterit, nisi tempore litis contestatæ habeat aliquid quod aut mediate aut immediate ex pecunia donata comparatum sit.

(5) Legendum puto; *Venditori solvat an creditori*, id est, ei cui mulier creditam pecuniam deberet. Utroque enim casu, mulier eatenus locupletior fit quod obligatione sua liberetur.

dederit, eaque eam pecuniam creditori suo solverit, mox ea de sua pecunia unguenta emerit; non videri locupletiorem factam, Marcellus, libro 7 Digestorum scribit. Idemque, et si lancem ob eamdem causam dederit, eaque lancem retinuerit, de sua autem pecunia unguenta emerit; Vindicationem cessare: quia non est locupletior, quæ tantumdem in re mortua (1) impendit. *l.* 7. § 1. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

LXIII. *Observandum superest id quod* Quintus Mucius ait. Quum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit; et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quæstus gratia, circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse. *l.* 51. POMPON. LIB. 5. AD Q. MUCIUM.

Consonat quod rescribit Alexander : Etiamsi uxoris tuæ nomine res quæ tui juris fuerant, depositæ sunt; causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat : cum Donatio in matrimonio facta prius mortua ea quæ liberalitatem excepit, irrita sit. Nec est ignotum quod, quum probari non possit unde uxor matrimonii tempore honeste quæsierit, de mariti bonis eam habuisse veteres Juris auctores merito crediderint. *l.* 6. *Cod. h. tit.*

LXIV. *Quod hactenus diximus, pecuniam conjugi donatam non posse ab eo condici nisi quatenus ex illa factus est locupletior; noli trahere ad eam pecuniam quam, quum ipsi donata non esset, consumpsit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : De his quæ extra dotem in domum illata, a marito erogata commemoras; si quidem te donante consumpta sunt, intelligis adversus heredes, nonnisi in quantum locupletior fuit, habere te actionem; si vero contra voluntatem tuam, omnia tibi restitui oportere. *l.* 17. *Cod h. tit.*

Sed etsi non contra voluntatem usus est; verum ipsi pecunia credita fuit, non donata; æque in solidum tenebitur.

Hinc Scævola : Filius rebus matris intervenire solitus, pecunia matris, consentiente ipsa, mancipia et res mercatus, emptionum instrumenta suo nomine confecit. Decessit in patris potestate. Quæsitum est an mater cum marito suo experiri, et qua actione uti possit? Respondit : Si mater obligatum filium in ea pecunia voluit esse; intra annum quam filius decessit, de peculio cum patre (in cujus potestate fuisse proponatur) actionem habere; si donavit, repeti posse quanto locupletior ex ea Donatione pater factus est. *l.* 58. § 2. LIB. 2. RESPONS.

Sed et quum ab initio pecunia donata est; si postea in creditum conversa est, Condictio in solidum competit : ut in specie sequenti.

Ea quæ a marito suo pecuniam ex causa Donationis acceperat, litteras ad eum misit hujusmodi : « CUM peteret mihi a te, Domine carissime, » annueret indulgentia tua vigiuti ad expediendas » quasdam res meas : quæ summa mihi numerata » est sub ea conditione ut, si per me meosque » mores quid steterit quominus in diem vitæ nostræ » matrimonium permaneat; sive invito te discessero de domo tua, vel repudium tibi sine ulla » querela misero, divortiumque factum per me » probabitur : tunc viginti quæ mihi hac die, » Donationis causa, dare voluisti daturam restituturam me sine ulla dilatione spondeo ». Quæro, an, si eadem Titio marito suo repudium miserit, pecuniam restituere debeat? Paulus respondit, Pecuniam quam Vir Uxori donavit, ex stipulatione proposita, si conditio ejus extitit, peti posse : quoniam ex Donatione in pecuniam creditam conversa est. Quod si stipulatio commissa non probetur; tunc tantum peti posse, quanto locupletior ex ea Donatione facta probetur. *l.* 57. PAUL. LIB. 7. RESPONS.

ARTICULUS IV.

An conjux qui ex eo Donato locupletior factus non est, id saltem compensare teneatur; et ex qua causa.

LXV. Si Vir et Uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumpserit; recte placuit compensationem fieri Donationum; et hoc D. Hadrianus constituit. *l.* 7. § 2. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Tenetur quidem conjux repetens quod illicite donavit, compensare quod ipsi vicissim illicite donatum est; at non quod licite.

Hinc Quæ jam nuptæ maritus donavit, viri manent, et potest ea vindicare : nec quidquam refert, quod ampla legata ab uxore ei relicta sunt. *l.* 48. CELSUS LIB. 9. DIGEST.

ARTICULUS V.

De Usuris, fructibus, et causa rerum inter conjuges Donatarum.

LXVI. *In repetitione pecuniæ quæ conjugi donata est, non veniunt usuræ.*

Igitur Si maritus uxori pecuniam donaverit, eaque usuras ex donata pecunia perceperit; lucrabitur (2). Hæc ita Julianus in marito, libro 18 Digestorum scribit. *l.* 15. § 1. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Hæc autem adeo lucratur, ut id quod ex sorte periit non suppleant.

Unde Tryphoninus : Quid ergo si ex centum quæ Vir Uxori donavit, quinquaginta apud debitorem ex his perierint; et alia quinquaginta du-

(1) Id est, inutili.

(2) Cum enim non ex ipsa pecunia donata, sed ex stipulatione natæ sint; non videntur ex bonis mariti ad uxorem pervenisse.

plicata usuris uxor habet? Non plus quinquaginta, ejus Donationis nomine, maritus ab ea consequetur. *l.* 16. TRYPHONINUS LIB. 10. DISPUTAT.

LXVII. *Hactenus de usuris.* De fructibus quoque videamus, si ex fructibus prædiorum quæ donata sunt locupletata sit, an in cautam Donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque ut usuras, licitam habere Donationem. *l.* 17. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Item Pomponius Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit. *l.* 45. *ff. de Usuris.* POMPON. LIB. 22. AD Q. MUCIUM.

Nota: Illos tamen quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit vel ex sylva cædit, non sit ejus: sicut nec cujuslibet (1) bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus (2) nascitur. *d. l.* 45.

LXVIII. *Ut fructus naturales donatarii non fiunt; ita et causam rei donatæ, donatorem sequi dicendum est.*

Hinc Si uxor filio donaverit servum, qui (3) in patris mariti sit potestate, deinde is servus ancillam acceperit: dominium mulieri quæretur. Nec interesse Julianus ait, ex cujus pecunia hæc ancilla empta sit; quia nec ex re sua quicquam acquiri potest, per eum qui donatur, ei cui donatur. Hoc enim bonæ fidei possessoribus concessum (4) est; virum autem scientem alienum possidere (5). *l.* 19. ULP. LIB. 32. AD SABIN.

Sed si quid servus donatus acquisiit; ad eum qui donavit, pertinebit. *l.* 17. § 1. IBID.

Æquum tamen est donatario refundi quod ex re ipsius impendit is servus ut acquireret.

Unde Idem quærit, Si ex re mariti ei ancilla comparata fuerit; an adversus agentem mulierem De dote, maritus pretium (6) possit per exceptionem retinere? Et dicendum est posse maritum et exceptionem habere si dos ab eo petetur, secundum Marcelli sententiam; et si solverit, secundum Julianum condicere posse. *sup. d. l.* 19. § 1.

(1) Ex his verbis vulgo concluditur bonæ fidei possessores non lucrari fructus naturales: quod D. Noodt non probat. Sic ergo textum hunc intelligendum putat; ut non omnis qui aliquo modo bona fide possidere dici potest, eos lucretur; qualis est in hac specie conjux qui naturaliter rem sibi donatam possidet; quales essent omnes qui destituti sunt titulo apto ad transferendum dominium. Cæterum negat hunc esse sensum, ut nullus bonæ fidei possessor fructus naturales lucretur. Vid. supra lib. 22. Tit. *de Usuris et fructib.* N. 4.

(2) Discrimen inter utramque speciem fructuum hinc nascitur; quod, cum naturales non ex facto possessoris nascantur, sed fundus eos sponte producat, nulla facta eorum Donatione, donatoris fuissent: fit ergo ex Donatione pauperior; adeoque in his Donatio non valet. Idem in industrialibus dici non potest, quia nulla fundi Donatione facta, non utique ex eo solo donator eos habuisset; sed ita demum si sevisset: non ergo videtur ex Donatione eos amisisse.

(3) Qui filius.

(4) Ut ex re sua acquirant per servos alienos quos bona fide possident: ut vid. in instit. Tit. *Per quas person. acq.*

(5) Adeoquè per hunc servum quem sciens alienum possidet, nihil potest acquirere.

(6) Unde acquisivit et quod ex re sua profectum est.

TERTIA PARS.

An et quomodo convalescant Donationes Inter Virum et Uxorem.

LXIX. Quum hic status esset Donationum inter Virum et Uxorem quem retulimus; Imperator noster Antoninus Augustus, ante excessum D. Severi patris sui, Oratione in Senatu habita auctor fuit Senatui censendi, Fulvio-Æmiliano et Nummio-Albino Consulibus, ut aliquid laxaret ex Juris rigore. *l.* 32. ULP. LIB. 33. AD SABIN.

Ait Oratio, FAS ESSE EUM QUIDEM QUI DONAVIT POENITERE; HEREDEM VERO ERIPERE FORSITAN ADVERSUS VOLUNTATEM SUPREMAM EJUS QUI DONAVERIT, DURUM ET AVARUM ESSE. *d. l.* 32. § 2.

Post hanc Orationem necesse non fuit has Donationes testamento confirmari ut valeant. Quod si factum fuerit, ex abundanti erit.

Hoc significant Diocletianus et Maximianus qui sic rescribunt: Ex verbis quæ in postremis judiciis inseruntur, licet ad fideicommissum vel legatum utilia sint, non tamen omnino legati vel fideicommissi persecutio datur: sed ita demum si relinquendi studio hujusmodi verba fuerint ascripta. Unde te voluntatis, non Juris quæstionem, in preces tuas contulisse palam est. Cum igitur testamento lecto animadvertimus maritum tuum ex præcedente Donatione dominium tibi reservasse, securitatique tuæ ab obtinendam proprietatem cavisse: inditorum verborum conceptio non fideicommissum relictum ostendit; sed ex Senatusconsulti auctoritate liberalitatem mariti tui, cui custodiendæ etiam moriens prospexerit, quatenus firmare potuit dominium mortis tempore, tibi esse addictam (1). *l.* 14. *Cod. h. tit.*

Circa hoc Senatusconsultum ad Orationem An-

(1) Sensus est: ex his verbis nullam fideicommissi persecutionem habes; sed ex abundanti scripta sunt: et dominium rerum tibi a marito donatarum, ex sola Senatusconsulti auctoritate tibi quæritur.

tonini factum videbimus 1.° *Quas personas et quas Donationes complectatur*; 2.° *Quomodo ex hac Oratione confirmentur Donationes, quatenus et adversus quos*; 3.° *Denique ex quibus causis morte Donatoris non convalescant.*

ARTICULUS I.

Quas personas et quas Donationes complectatur SCtum ad Orationem D. Antonini factum.

§ 1. *Quas personas complectatur.*

LXX. Oratio non solum Virum et Uxorem complectitur, sed etiam cæteros qui propter matrimonium donare prohibentur: ut puta, donat socer nurui, vel contra; vel socer genero, vel contra; vel consocer consocero, qui copulatos matrimonio in potestate habent. Nam ex mente Orationis, his quoque omnibus permissum est in eumdem casum donare: et ita et Papinianus libro 4 Responsorum sensit. Sic enim scribit: « Socer nurui vel genero » donavit; postea filius ejus vel filia, constante » matrimonio vita decessit. Quamquam vitium » Donationis perseveret; tamen si socer nullam » quæstionem Donationibus intulit, post mortem » ejus (1) contra heredes Orationis sententia vide- » tur intervenire. Nam quæ ratio Donationem » probibuit, eadem beneficium datum implora- » vit ». *l.* 32. § 16. Ulp. lib. 33. ad Sabin.

Unde Ulpianus: In hac autem Donatione inter soceros (2) facta, mors desideranda (3) est ejus qui donavit constante matrimonio, et jure potestatis durante (4). Idemque et in his qui sunt in eorum potestate. *d. l.* 32. § 20.

§ 2. *Quas Donationes complectatur Oratio.*

LXXI. *Oratio non solum complectatur Donationes quæ constante matrimonio factæ sunt: sed et* Si sponsus sponsæ donaverit, in tempus matrimonii collata donatione (5); quamvis Inter Virum et Uxorem Donatio non videatur facta, et verba Orationis minus sufficiant; tamen Donationem dicendum est ad sententiam Orationis pertinere: ut, si duraverit voluntas usque ad mortem valeat Donatio. *d. l.* 32. § 22.

LXXII. Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis Donationibus, non solum ad ea pertinet quæ nomine uxoris a viro comparata sunt; sed ad omnes Donationes Inter Virum et Uxorem factas. *d. l.* 32. § 1.

Sive autem res fuit quæ donata est, sive obligatio remissa; potest dici, Donationem effectum habituram. Ut puta: Uxori acceptum tulit Donationis causa quod debeat; potest dici pendere acceptilationem, non ipsam, sed effectum ejus (6). Et generaliter universæ Donationes quas impediri diximus, ex Oratione valebunt. *d. l.* 32. § 23.

Etiam illa Donatio confirmabitur, quæ per interpositam a conjuge donatario personam facta est.

Hinc Ulpianus: Si uxor rem Titio dederit, ut is marito mortis causa traderet; eaque defuncta, invitis heredibus ejus, Titius marito dederit: interest utrum à muliere sit interpositus Titius, an vero a marito cui donabatur. Si a muliere interpositus est, obligabit se Condictione (7) si marito tradiderit; si autem a marito sit interpositus, mortua muliere confestim fundus efficietur ejus quem maritus interposuit (8), et actionem ipse maritus cum eo habebit. *l.* 11. § 8. Ulp. lib. 32. ad Sabin.

Etiam ea Donatio Oratione continetur, quæ duntaxat per fictionem brevis manus executioni mandata est.

Unde Si quis uxori ea conditione donavit, ut quod donavit in dotem acciperet; defuncto eo, Donatio convalescit (9). *l.* 59. Paul. lib. 2. sententi.

LXXIII. *An autem Donatio quæ intra fines promissionis constitit, Oratione continetur?*

Ea de re ita Ulpianus: Papinianus recte putabat Orationem D. Severi ad rerum Donationem (10), pertinere. Denique si stipulanti spondidisset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem mariti; licet durante voluntate maritus decesserit. *l.* 23. Ulp. lib. 6. ad Sabin.

Contra tamen videtur sentire idem Ulpianus: Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest. Sed si

(1) Scilicet, si moriatur soluto jam matrimonio generi.

(2) Quum socer consocero donavit.

(3) Non potest confirmari nisi morte. Ergo ad Orationem pertinet, cum morte confirmetur.

(4) Ita demum eget confirmatione Donatio, si constante matrimonio et jure potestatis durante donavit.

(5) Quæ non valet, cum sit collata in tempus quo prohibetur.

(6) Acceptilatio cum sit actus legitimus non potest quidem per se ulla conditione suspendi: ut videb. infra l. 46. Tit. *de Acceptilat*. Cæterum potest effectus ejus suspendi ex aliqua causa; quæ non extrinsecus adjicitur, sed vi ipsa inest: ut in hac specie, quum Donationis causa inter conjuges acceptilatio facta est, vi ipsa inest ab a Donatione pendens acceptilationis effectus, et non aliter valeat quam si Donatio morte donatoris confirmetur.

(7) *Condictione certi erga heredes mulieris*: nec enim debuit exequi mandatum ejus, quod morte solutum est.

(8) Confirmabitur igitur morte mulieris, Donatio facta huic interpositæ personæ.

(9) Videtur Donatio fuisse consummata: mulier enim accepisse; et id quod accepit, viro statim in dotem dedisse, fictione brevis manus intelligetur.

(10) Id est, Donationem re seu traditione consummatam.

manente matrimonio decessisse maritus proponatur; puto, quia in annuo quoque Donatio vertitur, posse dici stipulationem confirmari (1) ex Senatus consulto. *l.* 33. ULP. LIB. 26. AD SABIN.

Vice versa : Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio : dicendum erit ex Oratione Donationem convalescere. *d. l.* 33. § 2.

Cæterum qualecumque fuerit Jus Digestorum circa Donationes Inter Virum et Uxorem quæ intra fines promissionis steterunt; ex Novella CLXII. cap. 1. morte confirmantur, sicut et illæ quæ traditione perfectæ sunt.

LXXIV. *Illud patet Donationem rerum quas donatarius consumpsit, Oratione non contineri; si quidem et ante Orationem confirmatione non egebant.*

Quod autem dicimus, et Quod ait Oratio, CONSUMPSISSE, sic accipere debemus ne is qui Donationem accepit, locupletior factus sit. Cæterum si factus est, Orationis beneficium locum habebit. *sup. d. l.* 32. § 9.

Uno tamen casu quamvis donatarius rem consumpserit, proderit Donationem morte donatoris ex Oratione confirmari. Scilicet : Sed etsi non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaque extet [a]; dicendum est, si is decessit qui factus est locupletior, posse repetere id quod dedit, nec compensare id quod consumpsit : quamvis divortio secuto, hæc compensatio locum habeat (2). *d. l.* 32. *d.* § 9. ¶ *sed etsi.*

LXXV. *Patet etiam non confirmari Oratione ea negotia quæ non ex sola ratione personarum quæ contraxerunt, sed ipsa per se nullius sunt momenti.*

Hinc Si Inter Virum et Uxorem societas Donationis causa contracta sit, Jure vulgato nulla est : nec post decretum Senatus, emolumentum ea liberalitas, ut actio Pro socio constituatur, habere poterit.

(Quæ tamen in commune tenuerunt, pro fine præstituto revocanda non sunt.)

Idcirco igitur Pro socio actio non erit, quia nulla societas est quæ Donationis causa interponitur (3) nec inter cæteros : et propter hoc nec Inter Virum et Uxorem. *d. l.* 32. § 24.

Idem erit dicendum et si emptio contracta sit Donationis causa : nam nulla erit. *d. l.* 32. § 25.

Plane si minoris res vænierit, Donationis causa; vel postea pretium sit remissum : admittemus Donationem valere ad Senatusconsultum. *d. l.* 32. § 26.

ARTICULUS II.

Quomodo ex Oratione Antonini Donationes confirmentur, quatenus et adversus quos.

LXXVI. *Oratio Imperatoris nostri vult morte donatoris sic confirmari Donationes Inter Virum et Uxorem,* Ut et ipso Jure res fiant ejus cui donatæ sunt; et obligatio sit civilis (4) : et de Falcidia (5) ubi possit locum habere, tractandum sit : cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. *d. l.* 32. § 1. ¶ *ut et ipso.*

Multo magis non confirmantur nisi intra id quod superest deducto ære alieno ex bonis donatoris.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si non verum contractum pater vester gessit, sed sub specie venditionis Donationem possessionis in matrem

(1) Ex hac lege (nec non ex l. 32. § 1. h. t. infra N. 76.) quidam Doctores statuunt etiam illam Donationem quæ intra promissionis fines stetit; morte donatoris confirmari. Ad legem autem 23. ex qua contrariam Papiniani sententiam fuisse mox vidimus; respondent duo fuisse Edicta de confirmandis Donationibus Inter Virum et Uxorem : Primum Severi : quod revera nonnisi ad Donationes consummatas pertinebat; ut recte putabat Papinianus in d. l. 23. Alterum D. Antonini filii ipsius quod plenius fuit, et etiam illas Donationes quæ intra promissionis fines steterant complexum est Wissenbach.

Rectius alii censent unicam fuisse Legem de confirmandis Donationibus Inter Virum et Uxorem : quæ modo Antonino (ut in l. 32.) modo patri ejus Severo (ut in l. 23.) tribuitur; quia tunc quum Oratio facta est, simul imperabant, ut patet ex l. 52. pp. supra N. 69. Hanc autem Orationem nonnisi ad Donationes consummatas regulariter pertinuisse. Jam vero quod stipulatio Donationis causa facta, morte confirmari dicatur in l. 33. id alii favore alimentorum Jure singulari obtinere volunt : alii intelligunt de Donatione annui etiam extra causam alimentorum; censentque id quod ibi dicitur morte donatoris *stipulationem annui confirmari*, sic intelligendum ut illæ pensiones quæ ex hujus stipulationis causa solutæ fuerint, non possint repeti; quæ, nisi morte confirmata esset Donatio, possent repeti, cum etiam annui extra causam alimentorum illicita sit Inter Virum et Uxorem Donatio : non vero sic intelligendum, ut possint deinceps annua ex hac stipulatione peti. Vide de hac quæstione Duarenum *ad h. Tit.* Corasium 5. *Miscellan.* Ant. Fabrum 2. *Conject.* 8. Pacium 5. *Antinom.* 59. Fachinum XIII. 79.

[a] *Florent.* est.

(2) Ut vid. supra Part. 2. art. 40.

(3) Vid. supra lib. 17. Tit. *Pro Socio* N. 3.

(4) Ex his verbis argui videtur Orationem pertinere ad quaslibet Donationes etiam ad illas ex quibus nondum secuta est traditio. Verum respondetur hæc verba *et obligatio sit civilis*, non sic intelligenda ut heredes donatoris civiliter obligentur ad præstandum quod donator stipulatione interposita conjugi promisit, quum in eadem voluntate decessit; sed sic ut, si conjux actiones quas habebat adversus aliquem, conjugi cesserit, hæc cessio morte confirmetur, et Donatarius incipiat tanquam procurator in rem suam habere actiones civiles; vel ut, si stipulationem de evictione rei donatæ et traditæ interposuit, nascatur ex ea obligatio civilis.

(5) Cum ex oratione, Donationes, Inter Virum et Uxorem confirmentur; in his locum habet Falcidia : ut videb. Tit. *Ad l. Falcid.* infra lib. 35.

vestram contulit; nec ex bonis quæ in persona patris vestri permansisse videbantur, ob primipilum indemnitati fiscali satisfieri potuit: licet in eadem donandi voluntate perseveraverit; ex eadem tamen possessione, ad supplendam pecuniam quæ ex bonis ab eo relictis colligi nequiverit, conferendum est. *l.* 15. *Cod. h. tit.*

LXXVII. *Confirmantur autem Donationes adversus quosvis donatoris successores, etiam adversus fiscum.*

Hinc Antoninus: Bona quondam mariti tui, fiscus si, nemine ei successore existente, ut vacantia occupaverit; Donationes ab eo factæ, si usque ad finem vitæ in eadem voluntate permansit, revocari non possunt. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Circa hanc Donationem confirmationem observandum superest definivisse Justinianum, eas demum Donationes confirmari posse, quæ aut Actis insinuatæ sunt, aut sunt ejus quantitatis intra quam remittitur insinuatio. Sic autem eas confirmari definit, ut ex die Donationis valeant. l. 26. Cod. h. tit.

ARTICULUS III.

Ex quibus causis morte donatoris non convalescant Donationes Inter Virum et Uxorem.

LXXVIII. *Tres causas referunt Diocletianus et Maximianus, ex quibus morte donatoris non convalescunt Donationes Inter Virum et Uxorem. Ita illi:* A marito in Uxorem Donatione collata matrimonii tempore, nec initio dominium transferri potest; nec post, si divortium (1) intercesserit, vel prior persona quæ liberalitatem accepit rebus humanis fuerit exempta (2) vel ab eo qui donavit fuerit revocata (3), potest convalescere. *l.* 18. *Cod. h. t.*

De his causis separatim agemus; aliis quibusdam subjunctis.

§ 1. *De Divortio.*

LXXIX. Divortio facto, nec instaurato matrimonio, non confirmabitur Inter Virum et Uxorem facta Donatio. Nec inter patronum et libertam, si ab eo invito divertere non licet, facta Donatio separatur (4); cum inter hos divortium intercedat. Perinde enim id quod donatum est, habetur divortio intercedente, ac si donatum non fuisset. *l.* 62. § 1. Hermogen. lib. 2. Juris epitom.

Similiter Ulpianus: Si divortium post Donationem intercessit, aut prior decesserit qui donum accepit; veteri Juri (5) statur: hoc est, si maritus uxori donatum vult (6), valeat Donatio; quod si non vult, extinguitur. Plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi et offensa. *l.* 32. § 10. Ulp. lib. 43. ad Sabin.

Quid ergo si divortium factum est, deinde matrimonium restauratur: et in divortio vel mutata est voluntas, vel eadem duravit: restaurato tamen matrimonio, et voluntate donatoris reconciliata; an Donatio duret, si constante matrimonio donator decesserit Et potest defendi valere. *d. l.* 32. § 11.

LXXX. Quod si divortium non intercesserit, sed fribusculum; profecto valebit Donatio, si fribusculum quievit. *d. l.* 32. § 12.

Hoc ita intellige, ut Donatio valeat quam morte confirmata erit; secundum id quod in Oratione continetur.

Hinc subjicit: Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum): puto Donationes (7) non valere, quasi duraverint nuptiæ. Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio. Si tamen donator prior decesserit, tunc Donatio valebit. *d. l.* 32. § 13.

LXXXI. *Hæc de Donatione inter ipsos conjuges facta. Quum autem socer nurui donavit:* Si socer nurui nuntium miserit, Donatio erit irrita (8); quamvis (9) matrimonium concordantibus viro et uxore secundum Rescriptum Imperatoris nostri eum patre probatum est. Sed (10) quod ad ipsos inter quos Donatio facta est, finitum est matrimonium (11). *d. l.* 32. § 19.

Proinde et si duo consoceri invicem donaverint, idem erit dicendum; si invitis filiis maritum remiserint, inter ipsos irritam esse Donationem. *d. l.* 32. § 20.

(1) Donationes enim istæ confirmantur morte donatoris in eadem voluntate morientis. Divortium vero præsumptionem mutatæ voluntatis inducit.

(2) Quomodo enim intelligi potest Donatio quæ morte donatoris confirmatur, cum nullus jam sit donatarius?

(3) Morte donatoris in eadem voluntate morientis confirmatur Donatio: secus ergo, si voluntas fuerit mutata.

(4) Id est, Donatio inter patronum et libertam quæ a patrono invito divertit, non *separatur* seu excipitur ab hac regula quæ statuit non confirmari Donationes quum intercessit divortium.

(5) Scilicet ut non convalescat Donatio morte donatoris, nisi expresse eam ultima voluntate confirmaverit.

(6) Expresse.

(7) Quæ interim factæ sunt: censentur enim factæ Inter Virum et Uxorem.

(8) Ita ut non possit morte donatoris convalescere.

(9) Hic preponitur ratio dubitandi: tale repudium est inefficax; ergo non debet efficere ut non possit Donatio inter socerum et nurum facta, morte donatoris convalescere.

(10) Jam respondet ad objectionem.

(11) Perinde est ac si finitum esset. Nec magis postea morte donatoris confirmabitur Donatio, quam si revera fuisset efficax repudium. Ex hoc enim repudio quamvis inefficaci satis præsumitur mutata donandi voluntas.

§ 2. *De morte Donatarii.*

LXXXII. *Donatio (ut diximus) ex Oratione non potest confirmari morte Donatoris, si donatarius prior decesserit.*

Hinc elegans exoritur quæstio. Si nurus socero donaverit; mortem nurus, et perseverantem in supremam diem voluntatem spectare non oportet. Quod si socer ante decesserit; dicemus, extinctam Donationem? an, quia (1) maritus vivit; si uxori supervixit, admittimus vim habere Donationem; Et si quidem maritus solus socero heres extitit? quasi nova (2) Donatio potest servari in maritum collata; ut illa (3) finita sit, alia (4) cœperit: sin vero filius heres patri non est; finita erit donatio (5), ratione nova (6). *d. l.* 32. § 18.

LXXXIII. *Diximus Donationem non posse convalescere, quum donatarius prior moritur.*

Cum autem servitus morti comparetur; Proinde et si ipsa in servitutem redigatur cui donatum est, extincta erit Donatio. *d. l.* 32. § 6. ¶ *proinde.*

Hoc non trahe ad captivum, si ab hostibus redeat. Nam quamvis captivus fuerit donatarius, quum mortuus est donator; non ideo minus convalescet Donatio si reversus fuerit, ob fictionem Juris postliminii. l. fin. Cod. h. tit.

Secus si non rediit.

Quod si ambo ab hostibus capti sint; et qui donavit, et cui donatum est; quid dicemus?

Et prius illud (7) volo tractare. Oratio, si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti Donationem esse voluit: ergo si ambo decesserint, naufragio forte, vel ruina, vel incendio, quid dicemus? Et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit; expedita est quæstio: sin vero non appareat, difficilis quæstio est, et magis puto Donationem valuisse. Et his ex verbis Orationis defendimus: ait enim Oratio, Si prior vita decesserit, qui donatum accepit. Non videtur autem prior vita decessisse qui donatum accepit, cum simul decesserint. Proinde rectissime dicetur, utrasque Donationes valere; si forte, invicem Donationibus factis, simul decesserint: quia neuter alteri supervixerit; licet de commorientibus Oratio non senserit. Sed cum neuter alteri supervixerit, Donationes mutuæ valebunt. Nam et circa mortis causa Donationes mutuas, id erat consequens dicere, neutri datam. Condictionem Locupletes igitur heredes Donationibus relinquent.

Secundum hæc, si ambo ab hostibus simul capti sunt, amboque ibi decesserint, non simul; utrum captivitatis spectamus tempus ut dicamus Donationes valere, quasi simul decesserint: an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium (8)? An spectamus uter prius decesserit, ut in ejus persona non valeat Donatio? an uter rediit, ut ejus valeat? Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis quasi tunc defecerint (9): quod si alter redierit; eum videri supervixisse, quia rediit (10). *d. l.* 32. § 14. Ulpian. lib. 33. ad Sabin.

§ 3. *De revocatione.*

LXXXIV. Sed ubi semel donatorem pœnituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus. *d. l.* 32. § 4.

Hoc ita, Si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem. Quod si in obscuro sit; proclivior esse debet judex ad comprobandam Donationem. *d.* § 4.

Ex pœnitentia Donationem revocari, rescribunt etiam Diocletianus et Maximianus. Ita illi Justinæ cuidam, de Donatione matri ejus a viro facta: Quod si liberalitatis tenorem mutata voluntate pater tuus interrupit, in hereditate ejus dominium resedisse nulli dubium est. *l.* 15. *Cod. h. tit.* ¶ *quod si.*

LXXXV. *An revocasse conjux videbitur Donationem servi, quum eum heredem instituit? Interest quo animo fecerit.*

V. G. Uxori suæ quis mortis causa servum donavit, eumque cum libertate heredem scripsit: an valeat institutio, quæritur? Et puto, si hoc animo eum scripsit heredem quod Donationis se dixit pœnituisse, valere institutionem; et necessarium heredem domino servum fieri. Cæterum si posteaquam heredem instituit, donavit; Donatio prævalebit: vel si ante donavit, non tamen adimendi animo libertatem ascripsit. *l.* 22. Ulp. lib. 3. ad Sabin.

(1) Socer donatarius mortuus quidem est ante nurum donatricem; sed vir hujus unicus, conjugi suæ donatrici superstes fuit.

(2) Congruere enim videtur uxoriæ affectioni, ut intelligatur mulier voluisse res quas socero donaverat, apud maritum suum hujus heredem remanere; si, quandiu vixit, eas non repetiit. Et hæc voluntas intelligitur esse *nova Donatio* quam in maritum suum contulit, cum prior in socerum collata præmortuo socero extincta sit.

(3) Scilicet quæ facta est socero.

(4) Hæc quæ viro facta est.

(5) Absolute. Nec ex eo quod res donatas ab herede soceri non repetierit, intelligetur nova Donatio facta extraneo qui socero extitit heres: nec enim in ejus heredis extranei persona militat ratio affectionis, quæ hanc præsumptionem inducit quum vir ipsius heres extitit.

(6) Hæc postrema verba censet D. Noodt non referri ad ea duntaxat quæ immediate præcedunt *finita erit Donatio*, sed ad primam distinctionis partem. Scilicet *ratione nova*, noviter a Prudentibus excogitata, obtinere ut quum vir socero donatario est heres, intelligatur nova Donatio ipsi facta.

(7) Id est, alteram quæstionem quam statim proponit.

(8) Captivitate. Porro Oratio quæ Donationes confirmat, pertinet ad casum quo, morte donatoris, matrimonium solvitur.

(9) Id est, simul mortui esse videantur; adeoque mutuæ Donationes valeant.

(10) Adeoque valet Donatio facta ei qui rediit; non illa quæ vicissim facta esset ei qui apud hostes decessit.

LXXXVI. *Est pœnitentiæ indicium si donator res donatas alienavi aut pignorit dedit.*

Hinc ita Gordianus : Si maritus tuus creditores sortitus post factam in te Donationem, fuodum quem ex donatione juri tuo vindicas, iisdem specialiter obligavit, eamdem obligationem defeosionis tuæ firmitatem interrompere intelligere debes : cum sit manifestum, non solum hujusmodi obligatione, sed etiam Donatione vel venditione, vel alio quolibet modo rebus alienatis, revocatam esse a viro in mulierem factam Donationem. *l.* 12. *Cod. h. tit.*

Similiter Ulpianus : Si maritus ea qoæ donaverit, pignori dederit; utique eum pœnituisse dicemus, licet dooioium retinuit.

Quid tamen si hoc animo foit, ut vellet adhuc donatum? Finge in possessionem precariam, mulierem remansisse; paratamque esse satisfacere creditori. Dicendum est, Donationem valere. Nam si ab initio ei rem obligatam hoc animo dooasset, dicerem vim habere Donationem, ut parata satisfacere mulier haberet Doli exceptionem. Quinimo et si satisfecisset, potuisse eam per Doli exceptionem consequi ut sibi mandentur actiones. *sup. d. l.* 32. § 5.

Novella CLXXII, cap. 1, *Justinianus definit, Donationem non videri revocatam, ex eo quod donator rem donatam hypothecæ aut pignori dederit.*

Illud procul dubio est, quoad eas duntaxat res de quibus donator disposuit, Donationem censeri revocatam. Igitur Qui quasdam res ex his quas donaverat legasset, quasdam non; noo videbitur cæteras noluisse ad Uxorem pertinere. Plerumque (1) enim antea legat, postea donat. Vel alia causa fuit legandi. *d. l.* 32. § 15. ULPIAN. LIB. 33. AD SABIN.

LXXXVII. *Pœnitentiam de qua hactenus egimus*, Pœnitentiam accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eom pœoituit mox desiit pœnitere; dicendum est Donationem valere, ut sopremum ejus spectemos judicium : quemadmodum circa fideicommissa solemus vel in legatis, quom De doli exceptione opposita tractamus : ut sit ambolatoria volootas ejus usque ad vitæ supremum exitum. *d. l.* 32. § 3.

§ 4. *De aliis causis ex quibus Donationes Inter Virum et Uxorem, morte donatoris non convalescunt.*

LXXXVIII. *Quarta causa est; si donator, quum moritur, de rebus suis disponendi jus non habuerit; aut eo tempore donatarius jus capiendi non habuerit.*

Hinc 1.° Si maritus oxori donaverit, et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit, vel etiam post mortem memoria ejus damnata sit; revocabitur Donatio (2) : quamvis ea quæ aliis donaverit, valeaot, si non mortis causa donavit. *d. l.* 32. § 7.

Quod Si miles uxori donaverit de castrensibus boois, et fuerit damnatus : quia permissum est ei de his testari, si modo impetravit ut testetur quum damnaretur, Donatio valebit. Nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est. *d. l.* 32. § 8.

Ex constitutione Constantini : marito ob qualecumque crimen capite plexo; ea quæ uxori ante crimen donavit, fiscus non aufert. Quod si deportatus fuerit; Donatio tunc confirmatur, quum post deportationem in eadem voluntate decesserit. l. 24. Cod. h. t.

Hinc 2.° Si donator servus fuerit effectus privati (3); dicendum est non impletam, sed peremptam Donationem : quamvis morti (4) servitus comparetur. *d. l.* 32. § 6.

Secus, si captivus decesserit : ob fictionem Legis Corneliæ (5). l. fin. Cod. h. t.

LXXXIX. *Quinta causa. Ex Constitutione Justiniani cessat Oratio; si Donatio ejus summæ propter quam insinuatio necessaria est non fuerit insinuata. Hoc enim casu morte Donatoris non convalescit, nisi fuerit expresse per ultimam voluntatem confirmata.* l. 25. Cod. h. t.

XC. *Sexta causa propria est illis personis quæ, non propter suum, sed propter eorum quos in potestate habent aut quibuscum in eadem potestate sunt, matrimonium, donare prohibentur.*

Illæ Donationes non possunt ex Senatusconsulto confirmari morte Donatoris; si eo tempore duret adhuc illud matrimonium propter quod donari prohibetur.

(1) Ante hanc phrasim supplendum puto; *imo interdum nec ipsas res quas legasset. Plerumque enim antea legat, postea donat* uxori res quas legavit. Quo casu legatum earum rerum quod præcessit, non impediet quominus morte donatoris confirmetur Donatio. Cum enim Donatio uxori facta, fuerit posterior ejus voluntas; magis videtur legatum adimi per hanc Donationem, quam Donatio infirmari per legatum. Sed et si ante Uxori donaverit, postea legaverit : si alia causa fuit legandi, id est, si aliunde appareat eum legando non habuisse animum revocandæ Donationis; confirmabitur Donatio morte, et æstimatio rei debebitur legatario.

(2) Nec enim morte potuit confirmari; cum donatarius tempore mortis suæ noo habuerit jus donandi.

(3) Puta a patrooo in servitutem revocatus sit; vel major viginti annis; se ad pretium participandum venumdari passus est.

(4) Donatio confirmatur morte conjugis donatoris : servitus comparatur morti; ergo videretur Donationem confirmari debere ejus servitute : hæc erat ratio dubitandi. Ratio decidendi est, quod Donatio confirmatur ejus demum morte qui integri status et cum jure disponendi moritur.

(5) Quæ fingit eum decessisse civem et sui juris, eo momento quo captus est.

V. G. si socer nurui donavit; non sufficit eum vivo donatario in eadem voluntate mori. Ut igitur valeat Donatio ista, Papinianus exigit ut et filius ejus qui donavit ante decesserit (1), et socer postea, durante voluntate. *d. l.* 32. § 16.

Et hae in re istæ personæ differunt ab ipsis conjugibus. Nam et Si filiusfamilias qui castrense (2) peculium habet vel quasi castrense (3), uxori donet, filii (4) personam et mortem spectabimus. *d. l.* 32. § 17.

XCI. *Est et alia causa ex qua non convalescunt Donationes, quum socer genero aut nurui, vel vice versa, aut consocer consocero donavit. Scilicet illæ Donationes convalescere posse desinunt, per emancipationem alterutrius e conjugibus.*

Hinc Si consocer consocero donaverit, et alter eorum vel uterque copulatos emancipaverit: debet dici Donationem ad Orationem non pertinere; et ideo infirmari (5) Donationem. *d. l.* 32. § 21.

(1) Nam si, quum donator moritur, adhuc vivat filius; etsique matrimonium propter quod donator prohibebatur donare; non poterit convalescere Donatio morte donatoris, nondum remoto impedimento.

(2) Si ex alio peculio donaret; cum ad patrem pertineat, magis pater ejus cujus voluntate donasset, quam ipse donare videretur.

(3) Hæc verba, *vel quasi castrense*, interpolata sunt a Triboniano.

(4) Duntaxat, non patris.

(5) Id est, non confirmari. Oratio enim seu Senatusconsultum, factum est de Donationibus inter conjuges, eosve in quorum potestate sunt. Cum igitur per emancipationem Donationes ab his personis factæ, desierint esse in ea causa; desinunt ad Senatusconsultum pertinere.

TITULUS II.

DE DIVORTIIS ET REPUDIIS.

Superiore *libro tractarunt Pandectarum ordinatores quomodo contraheretur matrimonium, necnon de jure dotium; cui tractationi subjecerunt tractationem de Jure donationum inter virum et uxorem. Jam tempestivum est, ut agant de modis dissolvendi matrimonii.*

I. Dirimitur matrimonium Divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum. *l.* 1. Paul. lib. 35. ad Ed.

Et in hoc differt captivitas a deportatione. Nam Matrimonium deportatione, vel aquæ et ignis interdictione non solvitur; si casus in quem maritus incidit, non mutet uxoris affectionem (1). *l.* 1. *Cod. de Repud.* Alexander.

Sed captivi uxor tametsi maxime velit, et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio (2) est. *l.* 12. § 4. *ff. de Capt. et postlim. revers.* Tryphonin. lib. 4. disput.

At vero nudo consensu non dirimitur matrimonium.

Hinc Theodosius et Valentinianus: Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta nonnisi misso repudio dissolvi præcipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum. *l.* 8. *Cod. de Repud.*

De his solvendi matrimonii modis non plura traduntur in hoc Titulo: fusius autem disceptatur de Divortiis et Repudiis.

Circa quæ videndum 1.° *Quid sit Divortium, et quis divertere vel repudium mittere possit;* 2.° *Quæ Divortii forma;* 3.° *Quando et quomodo Divortium puniatur;* 4.° *Denique apud quem post Divortium liberi educari debeant.*

ARTICULUS I.

Quid sit Divortium; et quis divertere vel repudium mittere possit.

II. *Potest definiri Divortium, legitima viri ac mulieris separatio hoc animo facta ut nunquam redintegretur matrimonium.*

Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. *l.* 2. Gaius lib. 11. ad Ed. provinc.

III. *Romulus viris, nonnisi ex causa adulterii aut quorumdam facinorum ab uxore perpetratorum repudiare eam permittebat: si facerent, bona eis adimi sanxerat; quorum dimidia pars uxori repu*

(1) Id est, si uxor velit in matrimonio perseverare. Vid. infra Tit. *Solut. matrim.* N. 19.

(2) Cum nullum esse possit matrimonium cum servo. Tamen in aliqua re videntur captivorum uxores nuptarum loco; scilicet quod, donec revertatur captivus, ad alias nuptias convolare non possint; ut vid. supra lib. 23. *de Rit. nupt.* N. 22.

diatæ cederet, altera sacraretur Cereri. Plutarch. in ROMULO.

Lex vero XII Tabularum videtur permisisse viris, ut suas pro libitu repudiarent uxores (1). *Diutissime tamen Romani hac Legis indulgentia usi non sunt, cum sexto demum ab Urbe condita seculo primus apud ipsos Sp. Carvisius quidam uxorem repudiaverit* (2). *Imo, postquam viri repudiare uxores cœperunt, ratum quidem erat Divortium, etsi absque ulla causa uxor dimissa fuisset: verum aliquandiu obtinuit ut vir Censoris notam non effugeret, nisi hoc fecisset ex amicorum assensu* (3) *et justa de causa.*

Quod ad mulieres attinet, non poterant repudiare viros in quorum potestate erant (4), *matrimoniis scilicet per confarreationem aut coemptionem* (5) *celebratis. Quum autem his modis contractum non erat matrimonium; mulier aut etiam pater ejus, si esset illa in potestate patris, poterat et quidem ea invita*(6) *viro repudium mittere; scilicet antequam vir uxorem usu cepisset. Semel enim usucapta, nec ipsa jam poterat repudiare virum cujus in potestatem transierat; nec pater ejus, a quo patria in filiam potestas ad virum fuerat translata.*

Hodie cum conventio uxorum in manum viri, et earum usucapio exoleverint (7); *possunt mulieres per se quidem ipsæ repudiare viros: Patris autem earum potestas aliquatenus hac in re mitigata est.* Enimvero Bene concordans matrimonium separari a patre D. Pius prohibuit. PAUL. SENT. *lib.* 5. *tit.* 6. § 20.

Quod D. Pius constituerat, confirmavit D. Marcus. Sic enim Rescribunt Diocletianus et Maximianus: Dissentientis patris qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem D. Marcus pater noster, religiosissimus Imperator constituit (8): nisi magna et justa causa interveniente (9), hoc pater fecerit. *l.* 5. *Cod. de Repud.*

Obiter nota: Invitam autem ad maritum redire, nulla Juris præcipit Constitutio. *d. l.* 5.

Emancipatæ vero filiæ pater Divortium, in arbitrio suo non habet. *d. l.* 5. ¶ *fin.*

Multo Magis Filiæ Divortium, in potestate matris non est. *l.* 4. *Cod. d. tit.* IDEM.

ARTICULUS II.

Quæ sit forma Divortii.

IV. *Quum uxor in manum viri convenerat; Divortium debebat fieri per remancipationem* (10); *et quidem si per Confarreationem contractum erat matrimonium, necesse erat intervenire diffarreationem*(11).

Quod si uxor in manu viri non esset, nulla hoc casu ante Legem Juliam solennitas ad Divortium requirebatur; sufficiebatque qualiscumque renuntiatio voluntatis. Solebat tamen vir quum uxorem repudiabat, claves ei adimere: eamque domo ejicere (12) *reddita ipsi dote quam attulerat, vicissim mulier quæ repudiabat virum, claves ei reddebat* (13) *et exibat domo. Sed et absens conjux per nuntium poterat conjugem repudiare, aut per epistolam; sic enim M. Tullius Cicero Terentiam conjugem repudiavit epistola ad ipsam scripta.*

Postea Lege Julia certa forma Divortiis constituta est. Et hæc Lex Julia DE ADULTERIIS, nisi certo modo Divortium factum sit, pro infecto habet. *l. ult.* ¶ *fin. ff. Unde vir et uxor.* ULP. LIB. 47. AD ED.

Scilicet Nullum Divortium ratum est nisi septem Civibus Romanis puberibus adhibitis, præter libertum (14) ejus qui Divortium faciet. Libertum acci-

(1) Hoc colligere est ex illo Ciceronis textu Philipp. 2. *Frugi factus est, mimam illam suam res suas sibi habere dixit: ex Lege XII Tab. claves ademit, exegit.*

(2) Gellius IV. 3. ait hoc evenisse anno U. C. 523. M. Attilio et Valerio Coss. Is Carvisius egregie dilexit uxorem quam dimisit; sed quia jurare a Censoribus coactus erat, se uxorem liberorum quærendorum gratia habiturum, ea autem liberos parere non posset; jurisjurandi religionem animo atque amori prævertit.

(3) Refert Valerius-Max. Censores senatu movisse L. Antonium, quod virginem quam in matrimonium duxerat repudiasset; nullo amicorum in consilium adhibito.

(4) Hinc apud Plaut. in *Mercat.* Act. IV. Scen. 6. Syra sic conqueritur:

Si vir scortum duxit, clam uxorem suam;
Id si rescivit Uxor, impune est viro:
Uxor Viro si clam domo egressa est foras,
Viro fit causa; exigitur matrimonio.
Utinam lex esset eadem! etc.

(5) Vid. supra lib. 1. Tit. *de His qui sui vel alieni jur.* N. 9.

(6) Hinc apud Ennium filia de patre sic queritur;

Si im: probum esse Cresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus;
Cur talem invitum, invitam cogis linquere?

(7) Jam sub Tiberio fere prorsus exoleverat Confarreatio. Ceteri ritus acquirendæ viro patriæ in Uxorem potestatis, quamvis serius in usu remanserint, sensim tamen et ipsi exoleverunt.

(8) Vid. Tit. *de Liber. exhib.* infra lib. 43.

(9) Maxime autem potest adhuc pater filiæ quam in potestate habet nomine repudium genero mittere, quum illa queri ipsa non potest, eo quod furiosa sit: ut patet ex l. 4. h. t. et l. 22. § 9. ff. *Soluto matrim.* infra N. 6. et 7.

(10) *Remancipatam Gallus-Ælius esse ait, quæ emancipata sit ab eo cui in manum convenerat.* Festus in verbo REMANCIPATAM. Ideo autem erat modus emancipandi uxorem quæ in manum convenerat, ac emancipandi filiam: De qua emancipationis forma vid. supra lib. 1. Tit. *de Adopt. et Emanc.* Sect. 2. Art. 1.

(11) *Erat* (sicut et ipsa Confarreatio) *genus sacrificii quod fiebat farreo libo adhibito:* Festus in verbo DIFFAREATIO.

(12) Vid. supra notam (1) ad N. 3.

(13) Ambros. epist. 5. *Mulier offensa claves remisit, domum* (paternam) *revertit.*

(14) Libellus repudii mittebatur per libertum:
Collige sarcinulas, dicet libertus; et exi.
Juvenal. Satyr. VI.

piemus etiam eum qui a patre, avo, proavo, et cæteris sursum-versum manumissus sit. *l.* 9. PAUL. LIB. 2. DE ADULT.

Moris item videtur fuisse ut in Divortiis frangerentur tabulæ nuptiales (1); *denique ut repudium in Acta referretur* (2).

Erant etiam solennia verba. Nimirum : Io Repudiis, id est renuntiatione, comprobata sunt hæc verba : TUAS RES TIBI HABETO; item hæc; TUAS RES TIBI AGITO. *l.* 2. § 1. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

V. *Maxime autem ad Divortium substantiam requiritur in persona repudiantis enixa discedendi in perpetuum voluntas, quæ alteri conjugi renuntietur.*

Enimvero Divortium non est, nisi verum; qood animo perpetuam constituendi dissentionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non prius ratum est quam si perseverantia apparuit judicium animi fuisse : ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur. *l.* 3. PAUL. LIB. 35. AD ED.

Maxime autem antequam libellus repudii tradetur, Si pœnituit eum qui libellum tradendum Divortii dedit; isque per ignorantiam mutatæ voluntatis oblatus est; durare matrimonium, dicendum.

Nisi pœnitentia cognita is qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere : tunc enim per eum qui accepit, solvitur matrimonium. *l.* 7. PAPIN. LIB. 1. DE ADULTER.

VI. *Ejus autem a quo divortitur, nec voluntas nec scientia requiritur.*

Nam Licet Repudii libellus non fuerit traditus, vel cognitus marito; dissolvitur matrimonium. *l.* 6. *Cod. de Repud.* DIOCL. ET MAXIM.

Sive autem ipsi præsenti renuntietur, sive absenti per eum qui in potestate ejus sit, cujusve is cave in potestate sit; nihil interest. *l.* 2. § 3. GAIUS LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Hinc solvitur sequens quæstio. Julianus libro 18 Digestorum quærit, An furiosa repudium mittere vel repudiari possit? Et scribit furiosam repudiari posse (3), quia ignorantis loco habetur : repudiare autem non posse, neque ipsam propter dementiam (4), neque curatorem ejus; patrem tamen ejus (5) nuntium mittere posse (quod non tractaret de Repudio (6) nisi constaret retineri matrimonium). Quæ sententia mihi videtur vera. *l.* 4. ULP. LIB. 26. AD SABIN.

Quod tamen dicitur furiosæ conjugi Repudium mitti posse, sic accipe; ut Divortium quidem jure fiat, solvatque matrimonium : cæterum culpa repudiantis dirimi matrimonium videtur, nisi furor fuerit intolerabilis.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille : Si maritus vel uxor constante matrimonio furere cœperint, quid faciendum sit tractemus? et quidem dubio procul observatur, eam personam quæ furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. Ao autem illa repudianda est, considerandum est? Et si quidem intervallum furor habeat; vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium : sciente (7) ea persona quæ, quum compos mentis esset, et ita furenti (quemadmodum diximus) nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas. QUID ENIM TAM HUMANUM EST, QUAM UT FORTUITIS CASIBUS MULIERIS MARITUM, VEL UXOREM VIRI, PARTICIPEM ESSE? Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis; et forsitan altera persona vel propter sævitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandæ sobolis cupidine tenta est : licentia erit compoti mentis, personæ furenti nuntium mittere; ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum; neque in damnum (8) alterutra pars incidat. *l.* 22. § 7. *ff. Solut. matrim.* ULP. LIB. 33. AD ED.

VII. *Quamvis autem furiosa conjux, nec ipsa nec alius pro ea Repudium mittere possit; tamen si vir eam non curaverit, aliis modis ei subveniri docet idem Ulpianus. Ita ille :* Sin autem in sævissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris; et non ad eam flectitur, nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dotem : tunc licentiam habeat, vel curator furiosæ, vel cognati, adire judicem competentem; quatenus necessitas imponatur marito, omnem talem mulieris sustentationem sufferre; et alimenta præstare, et medicinæ ejus succurrere; et nihil prætermitti, quæ maritum uxori afferre decet, secundum dotis quantitatem.

Sin vero dotem ita dissipaturus [ita] manifestus est, ut non hominem frugi oportet; tune dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia : pactis videlicet dotalibus quæ inter eos ab initio nuptiarum fuerint, in suo statu durantibus, et alterius expectantibus sanitatem aut mortis eventum. *d. l.* 22. § 8.

Quod diximus pro furiosa Repudium viro mitti non posse, sic accipe nisi sit filiafamilias. Nam hoc casu Item pater furiosæ utiliter intendere, sibi filiæ-

(1) Juvenal. Satyr. IX.... *Tabulas quoque fregerat.*

(2) Hoc ait Suetonius protervam describens libidinem Imperatoris Caii; qui ad sollicitandam tutius feminarum Pudicitiam, Quibusdam *absentium maritorum nomine repudium ipse misit, Jussitque in Acta referri.* Sueton. in CALIGULA 36.

(3) Quia non requiritur consensus repudiatæ personæ.

(4) Requiritur enim voluntas divortendi in repudiante.

(5) Scilicet eo casu in quo potestate patris esset : infra N. 7.

(6) Obiter notat patrimonium furore alterius conjugum ipso Jure non solvi; et probat illud durare; ex eo quod de Repudio in hoc casu tractet Julianus. Nec enim repudiari posset matrimonium, quod ipso Jure esset solutum.

(7) Id est, quod si alter conjux *ita furenti nuntium miserit*, sciat culpa sua matrimonium solutum iri.

(8) In pœnam de qua infra Art. 3.

ve suæ reddi dotem potest : quamvis enim furiosa nuntium mittere non possit, patrem tamen ejus posse certum (1) est. *d. l.* 22. § 9.

VIII. *Vidimus ad Divortium voluntatem ejus qui divortit, non autem ejus qui repudiatur, requiri.*

Præterea Constituit Justinianus ut qui repudiant conjuges, petant consensum patrum aut matrum qui dotes donationesve Propter-nuptias *pro ipsis dederunt aut susceperunt : ne scilicet facto filii filiæve divortentis pater prægravetur, et fiat obnoxius exactioni dotis aut donationis* Propter-nuptias *quam suscepit; aut ne dotem quam pro filia aut donationem* Propter-nuptias *quam pro filio dedit, in pœnam injusti Repudii cui consensum non accommodavit, amittat.* Novell. XXII. cap. 19.

ARTICULUS III.

Quando et quomodo Divortium puniatur.

IX. *Si perversis mulieris moribus Divortio locus fuerat; puniebatur mulier amissione partis dotis quam vir retinere poterat. Docet autem Ulpianus quod.*

Morum (2) nomine, graviorum quidem, sextæ retinentur; leviorum autem, octavæ.

Graviores mores sunt, adulteria tantum; Leviores, omnes reliqui. Ulp. fragm. *tit.* 6. § 12.

Neque solum ob perversos constante matrimonio mulieris mores, videtur ejus culpa solutum matrimonium; sed etiam in specie sequenti quam ita refert Papinianus.

Ream adulterii uxorem duxi (3) : cam damnatam (4) mox repudiavi. Quæro an causam dissidii præstitisse videor? Respondit : Cum per legem Juliam hujusmodi uxorem (5) retinere prohibearis; non videri causam te dissidii præstitisse, palam est. Quare ita Jus tractabitur quasi culpa mulieris facto Divortio (6). *l.* 11. § *fin. ff. Ad. L. Jul. de Adult.* Papin. lib. singul. de Adulteriis.

Quas autem diximus dotis partes vir retinet, etiamsi non a muliere profecta esset, sed ab extraneo qui eam dedisset; modo non sub ea lege ut sibi redderetur.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Si dotem marito libertæ vestræ dedistis; nec eam reddi soluto matrimonio vobis incontinenti, pacto vel stipulatione prospexistis : hanc, culpa uxoris dissoluto matrimonio, penes maritum remansisse (7) constitit; licet eam ingratam circa vos fuisse ostenderitis. *l.* 24. *Cod. de Jur. dot.*

X. *Quod ad maritum attinet, si ejus mores Divortio causam dederunt.*

Mariti mores puniuntur, in ea quidem doto quæ a die (8) reddi debet, ita : Propter majores mores, præsentem dotem reddit; propter minores, senum mensium die (9). In ea autem quæ præsens reddi solet; tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur : quod repræsentatio (10) facit. Ulp. fragm. *tit.* 6. § 13.

XI. *Ad has pœnas consequendas, tam viro quam mulieri eisve in quorum potestate sunt proditum erat judicium* De Moribus; *quod ad heredem non transibat, non secus ac actio* Injuriarum.

Hinc Constantius et Constans : De moribus actio ultra personam extendi non potest; nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi. *l.* 1. *Cod. Theod. de Dotib.*

Vir etiam poterat per retentionem, quum De Dote *conveniebatur, hanc pœnam consequi.*

XII. *Hæc pœna cessabat si uterque conjux in culpa esset.*

Hinc Papinianus : Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam Repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea Lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur. Paria enim delicta, mutua pensatione dissolvuntur. *l.* 39. *ff. Solut. matrim.* Papin. lib. 11. Quæst.

Hac de causa Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur. Cur enim improbet maritus mores quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit? Si tamen ex mente Legis sumet quis, ut nec accusare possit qui lenocinium uxori præbuerit; audiendus est (11). *l.* 47. *d. tit.* 11. Scævola. lib. 19. Quæst.

XIII. *Sed etsi alter duntaxat, puta mulier, in culpa fuisset ; vir hanc pœnam remisisse videretur, si eam post Divortium rursus despondisset.*

(1) Supra N. 3. cum Notis.

(2) Hoc Jus quod refert Ulpianus de pœnis Divortii ob mores alterutrius conjugis, Legi Papiæ sub Augusto latæ tribui potest; cum scribat Suetonius eum Divortiis modum imposuisse : in Augusto. 34.

(3) Mortuo scilicet priore viro qui eam accusaverat; eo enim vivo ducere eam non potuissem : ut vid. supra lib. 23. Tit. *de Rit. nupt.* N. 23.

(4) Postquam eam duxi.

(5) Scilicet adulterii damnatam.

(6) Adeoque pars dotis retinebitur.

(7) Scilicet pro sexta aut octava parte, ut supra.

(8) Cujacius recte censet hic esse mendum, et legi debere *annua bima trima die.*

(9) *Les termes du paiement ne seront chacun que de six mois au lieu d'un an.*

(10) Sensus est : quum dos talis est ut præsens reddi solet; puta, si in prædiis consistat; maritus tantum ex fructibus debet ob suos malos mores restituere, quantum propter suos malos mores amitteret ex interusurio dotis quæ in quantitate consisterat; quæ regulariter annua bima trima die, adeoque quadriennio demum incipiente reddi solet; et quam ob malos mores suos repræsentare teneretur.

(11) Lex est ut qui uxorem suam prostituit, non possit agere *De moribus* adversus eam, nec de dote quidquam retinere ob malos mores mulieris. Imo audiendus est qui ex mente hujus Legis concludat, nec publico judicio virum posse mulieri quam ipse prostituit crimen objicere.

Secus, si citra suum consensum a patre ei desponsatus esset.

Hoc docet Marcellus in specie sequenti. Lucius-Titius cum esset filiusfamilias, voluntate patris uxorem Mæviam duxit; et dotem pater accepit. Mævia Titio Repudium misit; postea pater repudiati, absente filio, sponsalia cum eadem nomine filii sui fecit. Mævia deinde Repudium sponsalibus misit, atque ita alii nupsit. Quæro, si Mævia agat cum Lucio-Titio quondam marito, et a patre herede relicto, De Dote; et probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum; an possit maritus propter culpam mulieris, dotem retinere? Marcellus respondit, Etiamsi ut heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris mulctandam esse. *l.* 38. *ff. Solut. matrim.* MARCELL. LIB. SINGUL. RESPONS.

Item hanc pœnam vir remisisse videtur in specie sequenti.

Cum post divortium, viro sciente, mulier in possessionem prædiorum quæ in dotem promisit, longo tempore fuerit; convenisse tacite videtur, ne dos quæ promissa fuerat petatur; et, si petere ea (1) cœperit, Pacti exceptione a muliere repellitur. *l.* 69. *ff. de Jure dot.* PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

XIV. *Cessat etiam judicium* De moribus, *si vir vel socer proposuerit agere publico judicio.*

Hinc Papinianus. Socer quum nurum adulterii accusaturum se libellis (2) Præsidi datis testatus fuisset, maluit accusatione desistere, et lucrum ex dote magis (3) petere: quæritur an hujusmodi commentum ejus admitti existimes? Respondit: Turpissimo exemplo is qui nurum suam accusare instituisset, postea desistere maluit; contentus lucrum ex dote retinere, tanquam culpa (4) mulieris dirempto matrimonio. Quare non inique repelletur qui commodum dotis, vindictæ domus suæ præponere non erubuit. *l.* 11. § 3. *ff. Ad. L. Jul. de Adulter.* PAPINIANUS LIB. SINGUL. DE ADULT.

XV. *Hactenus de pœna Divortii quæ Jure Pandectarum obtinebat.*

Progressu temporis longe crevit Divortiorum coercitio. Constantinus enim et qui eum secuti sunt Imperatores, et imprimis Justinianus noster, certas causas definiverunt ex quibus duntaxat permitteretur sive viro, sive mulieri a conjuge divertere.

Causas autem Repudii ita designant Theodosius et Valentinianus. Pro uxore quidem; Si qua maritum suum adulterum, aut homicidam, aut veneficum, vel certe contra nostrum Imperium aliquid molientem, vel falsitatis crimine condemnatum invenerit; si sepulcrorum dissolutorem, si sacris ædibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem, vel abactorem, aut plagiarium; vel ad contemptum sui domusve suæ, ipsa inspiciente, cum impudicis mulieribus (quod maxime, etiam castas exasperat) cœtum ineuntem, si suæ vitæ veneno aut gladio aut alio simili modo insidiantem; si se verberibus (quæ ingenuis aliena sont) afficientem probaverit: tunc Repudii auxilio uti necessario ei permittimus libertatem, et causas dissidii Legibus comprobare. *l.* 8. § 2. *Cod. de Repud.*

Similiter nec viro licet expellere uxorem nisi ob easdem causas; Aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivia appetentem; aut ipso invito sine justa et probabili causa (foris scilicet) pernoctantem; vel Circensibus vel Theatralibus ludis, vel arenarum spectaculis in ipsis locis in quibus hæc assolent celebrari, se prohibente gaudentem. *d. l.* 8. § 3.

Justinianus inter culpas præcedentibus Constitutionibus enumeratas, et has adjecit: Si forte uxor, sua ope vel industria, abortum fecerit; vel ita luxuriosa est ut commune lavacrum cum viris libidinis causa habere audeat. *l.* 11. § 2. *Cod. d. tit.*

Quod si extra has causas diverteret vir aut mulier, gravissimas pœnas constituerunt iidem Imperatores; scilicet ut mulier Suam dotem et Ante-nuptias donationem amittat, nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem: *Vir autem, ut* dotem redhibeat, et Ante-nuptias donationem (5) amittat. *sup. d. l.* 8. *Cod.* § 4. *et* 5.

Addidit Justinianus ut si nulla dos esset, vir aut mulier qui injuste diverteret, quarta bonorum suorum parte erga alterum conjugem mulctaretur. Novell. CXVII. *cap.* 8. *et* 9.

Eadem autem Novella cap. 5. *statuit ut, si ex eo matrimonio plures essent filii quam tres, mulier injuste repudiata et in dotata haberet duntaxat virilem: item ut hujus proprietatem, solo usu contenta, liberis servare teneretur.*

Ex eadem Novella cap. 13. *mulieris quæ citra justam causam Repudium misit, hæc pœna est ut detrudatur in monasterium; dos cedat lucro viri; reliquæ mulieris facultates monasterio dentur, quarum tamen bessem liberi, aut (si nulli sint liberi) trientem parentes accipiant. Adversus virum autem qui injuste repudiat uxorem, hanc pœnam statuit ut dotem et Donationem* Propter-nuptias *mulieri det, et præterea tantum quantum est tertia*

(1) Vir prædia.

(2) *Libellis* comminatoriis. Qui hos libellos proposuit, cum nondum accusaverit, desistendo non incidit in Turpilianum. Secus si proposuisset libellum delationis.

(3) Scilicet instituendo actionem *De moribus;* quæ cum criminali judicio concurrere non potest, cum et ipsa vindictam persequatur.

(4) Peccatum mulieris in causa pudoris vocatur CULPA. Sic Virgilius de Didone.

..... *Hoc prætexit nomine culpam. Æneid.* VI.

(5) Quæ cedet lucro mulieris.

donationis Propter-nuptias : *cujus donationis*, *et additæ tertiæ partis mulier proprietatem liberis ex eo matrimonio, si qui sint, servare tenebitur; sin, sibi habebit.*

In eadem Novella notandum id quod Justinianus definit : Non esse causam Divortii, si vir uxorem fustibus aut flagellis ceciderit, sed virum, nisi hoc fecerit ex causa quæ Repudio locum dare posset, condemnandum erga mulierem in quantitatem pecuniæ usque ad tertiam partem sponsalitiæ largitatis. d. Novell. CXVII. *cap.* 14.

XVI. *His pœnis ita locus erat si alter ab altero invito diverteret : permittebantur enim Divortia ex mutuo consensu; non nudo scilicet, sed quæ solennitatibus ex Jure adhibitis dicebantur fieri* Bona Gratia.

Justinianus autem, dicta Novella CXVII, sublata in posterum (cap. 10) *hæc divortia, ex tribus duntaxat causis permiserat : scilicet* 1.° *Si ab initio ob aliquod naturæ vitium non potuerit vir se miscere uxori suæ ;* 2.° *Si conjuges sanctimonialem vitam elegerint.* 3.° *Hæc Divortia permittit iis personis quæ in captivitate aliquanto tempore detinentur.* cap. 12.

Sed si is qui sub prætextu castitatis servandæ matrimonium solverit, postea ad alias convolet nuptias aut luxuriose vivat; ejus facultates ipsius liberis, aut (si nulli extent) fisco vindicari præcipit. cap. 10.

Tandem ex Novella CXXXIV. cap. 11, *qui consensu mutuo matrimonium solvunt, nisi illud redintegrent, tam vir quam femina in monasteria detruduntur; facultatibus ipsorum (certa parte liberis aut ascendentibus, si quos habent, servata) monasterio addictis. Si alter redintegrare velit, alter nolit; is solus qui non vult, his pœnis subjacebit.*

Novella tamen CXL, Divortia Bona gratia *rursus permittuntur. Verum hæc Novella non est Justiniani, sed Justini*-Curopalatæ; *id est, Justini junioris qui Justiniano avunculo suo successit.*

XVII. *Quæ hactenus diximus, generalia sunt. Speciali pœnæ obnoxia erat liberta quæ ab invito patrono divortisset : de qua re supra vid. Tit.* de Rit. nupt. *Part.* 2. *Sect.* 2. § 3.

ARTICULUS IV.

Divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant.

XVIII. *Hac de re ita Diocletianus et Maximianus :* Licet neque nostra neque Divorum parentum nostrorum ulla Constitutione caveatur, ut per sexum (1) liberorum inter parentes divisio celebretur; competens tamen judex æstimabit utrum apud patrem an apud matrem, matrimonio separato, filii morari ac nutriri debeant. *l. un. Cod. Divort. facto*, etc.

Ex Novella autem CXVII. cap. 7, *si pater causam Divortii dedit; apud matrem ad secundas nuptias non convolantem, liberi patris expensis educantur. Si contra mater Divortio causam dederit, apud patrem educari debent; nisi pater pauperior sit, quo casu mater apud se eos nutrire tenetur.*

(1) Puta; mares apud patrem, puellæ apud matrem.

TITULUS III.

SOLUTO MATRIMONIO, DOS QUEMADMODUM PETATUR.

Postquam *de modis dissolvendi Matrimonii egerunt Pandectarum ordinatores; proximum est ut agant de restitutione dotis quæ,* Soluto matrimonio, *facienda erat.*

Quærendum autem 1.° *An et cui dos Soluto Matrimonio, restitui debeat : et de tempore dotis restituendæ;* 2.° *De actionibus quæ ad restitutionem dotis competunt;* 3.° *De restitutione dotis impropriæ dictæ.*

Addenda erit et quarta Pars, de Condictione quæ ex Lege Julia et Papia mulieri competit ad restitutionem eorum quæ vir consecutus est ex jure patronatus in servos dotales ab ipso manumissos.

PRIMA PARS.

An et cui Dos, Soluto Matrimonio, restitui debeat, et quo tempore.

SECTIO I.

An et cui restitui debeat.

Circa restitutionem dotis interest quomodo solvatur Matrimonium. Aliud enim Juris obtinet quum morte mulieris, aliud quum morte viri aut divortio Matrimonium solvitur.

ARTICULUS I.

Quid Juris circa restitutionem Dotis *obtineat, mortua in matrimonio muliere.*

I. *Interest hoc casu an dos profectitia an adventitia* (1) *sit. Et 1.° videndum de profectitia.*

Mortua in Matrimonio muliere : dos a patre profecta ad patrem revertitur; quintis (2) in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet. ULP. FRAGM. *tit.* 6. § 4.

Et sane Jure succursum est patri; ut, filia amissa, solatii loco cederet si redderetur ei dos ab ipso profecta; ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret. *l.* 6. *ff. de Jur. dot.* POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

Consonat quod rescribit Alexander : Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias (3), ad patrem redire debet. *l.* 4. *Cod. h. tit.*

Quod si parens præmortuus esset, dos apud virum remanebat.

Similiter Si pater qui pro filia dotem dedit, damnetur, nihil competit fisco, etiamsi in matrimonio postea filia decesserit : quo casu alias dos profectitia rediret ad patrem. Manebit ergo penes virum. *l.* 8. § *fin. ff. de Bon. damnat.* MARCIANUS, LIB. [a].

Nisi probetur patrem, metu condemnationis in fraudem fisci (4) filiæ prospexisse. *l.* 9. *d. tit.* CALLISTRATUS LIB. [b].

II. *Et hæc de casu quo pater dotem dedit.*

Quid si Avus neptis nomine filio natæ, genero dotem dedit, et moritur? Negat Servus dotem ad patrem reverti. Et ego cum Servio sentio; quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset. *l.* 79. *ff. de Jur. dot.* TRYPHON. LIB. 6. POSTERIORUM A JAVOLENO EPITOMATOR.

Igitur eo casu, si solam Juris rationem attendamus, dos debet apud virum remanere; æquitas vero diversum suadet.

Hinc Celsus : Dotem quam dedit avus paternus, an, post mortem avi, mortua in matrimonio filia, patri reddi oporteat, quæritur? Occurrit æquitas rei; ut quod pater meus propter me filiæ meæ nomine dedit, proinde sit atque ipse dederim. Quippe officium avi circa neptem, ex officio patris erga filium pendet. Et quia pater filiæ, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. Quid si filius a patre exheredatus est? Existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi. Nec infavorabilis sententia est; ut hoc saltem habeat ex paternis quod propter illum datum est. *l.* 6. *ff. de Collat. bon.* CELSUS LIB. 10. DIGEST. (5).

III. *Hactenus de dote profectitia.*

Adventitia autem dos semper penes maritum remanet : præterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuit, quæ dos specialiter Receptitia dicitur. ULP. FRAGM. *tit.* 6. § 5.

Unus tamen adhuc casus excipiendus est, quo morte mulieris vir dotem non lucratur. Nimirum Si vir uxorem suam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam esse Proculus ait. Et recte : non enim æquum est virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere. Idemque et e contrario (6) statuendum est. *l.* 10. § 1. POMPON. LIB. 15. AD SABIN.

IV. *Ita Jure Pandectarum.*

Ex Constitutione autem Justiniani, neque profectitia dos; mortuo patre, neque adventitia, cedit lucro

(1) Quæ dos *profectitia*, quæ *adventitia* dicatur, vid. supra lib. 23. Tit. *de Jur. dot.*

(2) Scilicet ita observabatur, ut propter primum ex liberis detraheretur quinta totius dotis; propter secundum, quinta ejus quod supererat : et sic in infinitum, quintæ detrahebantur. Justinianus has retentiones sustulit : l. un. § 5. Cod. *de Rei uxor. act.*

(3) Hoc verbum *filiafamilias*, expungendum putat Goveanus. Ut ut sit, constat dotem profectitiam reverti ad patrem; sive filia fuerit in potestate, sive fuerit emancipata : ut evidenter liquet ex l. 59. h. t. item ex l. 5. ff. *de Divort.*

[a] *Ita in Edit. Gothofr. ex Cujac.*

(4) Nam si in fraudem fisci, post crimen admissum, dotem dedisset; eam revocaret fiscus.

[b] *Ita in Edit. Gothofr. ex Cujac.*

(5) Pacius has leges aliter conciliat : scilicet ut in specie legis 6. ff *de Collat. bon.* dos ideo ad patrem revertatur, quia avus eam filii sui contemplatione dederit; ut innuunt hæc verba legis PROPTER ME : Contra in specie legis 79 *de Jure dotium* non revertatur; quia eam avus contemplatione neptis suæ duntaxat, non etiam filii sui dederit. Vid. Pacium *Centur.* V. 55.

(6) Scilicet ut, si mulier virum occiderit, dotem perdat.

mariti; sed actio ad heredes mulieris transit : Adventitiam autem sibi reddi mulier pacta esse semper præsumitur, Si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit. *l. un.* § 6 *et* 13. *Cod. de* Rei uxor. act.

ARTICULUS II.

Quid Juris obtineat circa restitutionem Dotis, quum Matrimonium divortio aut morte viri solvitur.

V. *Quum Matrimonium divortio solvitur; si quidem alteruter e conjugibus in culpa fuerit, quid obtineat vidimus supra Tit.* de Divortiis.

Sine culpa autem alterutrius Divortio facto; si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet actionem, id est dotis repetitionem. Quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filiæ persona habet actionem revera (1): nec interest adventitia sit dos an profectitia. Ulp. fragm. *tit.* 6. § 6.

Idem dic de casu quo morte viri solvitur Matrimonium. l. 11. Cod. h. tit.

Hæc Ulpiani definitio omnes uxores complectitur. Et quidem etiam Liberta quæ voluntate (2) patroni discessit, De Dote cum eo agere potest quam ei dedit. *l.* 35. Marcian. lib. 10. institut.

Item Nupta (3) non impeditur quominus cum priore marito De Dote experiatur. *l.* 30. Julian. lib. 16. digest.

Regulariter igitur (ut mox dictum est) hanc actionem habet mulier sola, si sui juris sit; pater adjuncta filiæ persona, si sit filiafamilias.

§ 1. *Cui actio de repetenda Dote competat, quum mulier sui juris est.*

VI. Soluto Matrimonio, solvi mulieri dos debet; nec cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere (4): nisi hoc ei nihil nocet. Nam si incommodum aliquod maritus suspectum (5) habet; non debere eum cogi alii quam uxori promittere, dicendum est. Hæc, si sui juris mulier est. *l.* 2. Ulp. lib. 35. ad Sabin.

VII. *Sed etsi quum Solutum est Matrimonium, in potestate patris erat, et postea e potestate exierit, puta, pater ejus decesserit aut damnatus sit; Dotis actio ad ipsam solam incipiet pertinere.*

V. G. In insulam patre deportato qui dotem pro filia dedit, actio Dotis ad filiam pertinet. Post divortium quoque patre damnato, qui idem (6) consentiente filia non petierat, æque Dotis actio mulieris est. *l.* 42. Papin. lib. 4. respons.

Imo in specie sequenti : Filiafamilias, divortio facto, dotem patri reddi jusserat: deinde parte dotis persoluta pater decesserat. Reliquam partem, si nec delegata nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere Labeo, Trebatius, putant. Idque verum est. *l.* 66. § 2. Javolen. lib. 6. ex posterior. Labeonis.

Quinetiam Si voluntate filiæ procurator a patre datus litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum judicata pater decesserit, Judicati actionem filiæ potius quam heredibus patris dari oportebit. *l.* 31. § 2. Julian. lib. 18. digest.

VIII. *Uno casu, quamvis mulier jam tempore Soluti Matrimonii sit sui juris*, Dotis *actio, secuto divortio, patri dabitur; scilicet quum in fraudem patris divortium factum est, ne mortua in matrimonio muliere dos profectitia ad ipsum rediret.*

Hoc docet Julianus. Ita ille : Filiæ meæ emancipatæ et ægræ vir in hoc repudium misit, ut mortua ea dotem potius heredibus ejus quam mihi redderet (7). Sabinus dicebat utile mihi ejus dotis reciperandæ judicium dandum esse. Gaius (8) idem. *l.* 59. Julian. lib. 2. ad Urseium Ferocem.

Hoc maxime obtinebit, si fraus facta est patri in gratiam viri.

Hinc Ulpianus : Si filia emancipata idcirco divertерat ut maritum lucro dotis afficiat, patrem fraudet (9) qui profectitiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset : et ideo patri succurrendum est, ne dotem perdat. Non enim minus patri quam marito succurrere Prætorem oportet. Danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia. *l.* 5. *ff. de Divort.* lib. 34. ad Ed.

§ 2. *De casu quo mulier est filiafamilias.*

IX. Quod si in patris potestate est, et dos ab eo (10) profecta sit; ipsius, et filiæ dos est. Denique pater non aliter quam ex voluntate filiæ petere dotem, nec per se, nec per procuratorem potest. Sic ergo et promittendum (11) Sabinus ait. Ei ergo promittendum erit, cui uterque jusserit. Cæterum si

(1) Cujacius censet male legi *revera*; et legendum *Rei uxoriæ*.

(2) Nam ab eo invito divertere ei non conceditur, ut vid. supra lib. 23. Tit. *de Rit. nupt.*

(3) Id est, etiam illa mulier quæ post divortium ad alia vota convolavit.

(4) *Nec cogitur maritus* qui ad restitutionem dotis dilationem habet, *eam ab initio* temporis divortii *promittere* alii quam mulieri.

(5) Puta; si is cui mulier dotem delegare vult, sit rixosus; vel si vir non easdem exceptiones adversus eum haberet, quas habet adversus mulierem.

(6) *Idem*, scilicet dotem reddi. Alias, *qui quidem.*

(7) Si divortium secutum non esset, mortua in matrimonio filia, dos utpote profectitia ad patrem reditura erat; ut vid. supra Art. 1. Contra divortio secuto, actio ipsi mulieri quæsita, et ad heredes ejus transmissa videbatur.

(8) Gaius-Cassius-Longinus scilicet; non vero ille Gaius cujus fragmenta in Pandectis habemus; is enim Juliano posterior est, ut vid. in Præfat. Part. 2. Cap. 1. N. LXVI.

(9) Id est, fraudaret.

(10) Idem Juris est, etsi non sit ab eo profecta; ut vid. supra. Sed forte hoc dicit, quia major poterat videri dubitandi ratio, an filiæ interventu egeret pater, quum dotem a se profectam pater repeteret.

(11) Expromittendum.

pater solus jussit, Dotis actio filiæ non erit adempta, quandoque sui juris filia fuerit facta. Item si voluntate solins filiæ promittatur, remanebit Dotis actio integra patri. Sed utrum ut et agat solus, an et ut adjuncta quoque filiæ persona experiri possit? Et puto nec eam actionem amissam, quam adjuncta filiæ persona potest habere. Quod si sui juris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio (1). *l.* 2. § 1. Ulp. lib. 35. ad Sabin.

Non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote quæ communis est patris et filiæ, utriusque voluntas exquiritur; nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest. *l.* 3. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Hinc Si post solutum Matrimonium filiafamilias citra patris voluntatem exactam communem dotem consumat; patri, et viva ea, et mortua, actio superest, ut dos ipsi solvatur. *l.* 22. § 1. Ulp. lib. 33. ad Ed.

Nota tamen : Quod ita verum est, si perdituræ solvatur. Cæterum si non perdituræ et ex justis causis soluta sit, non supererit actio; sed mortuo patre, nec etiam heredes agent nec mulier. *d.* § 1.

Ergo Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit; actio De Dote utrisque tolletur. *sup. d. l.* 3. § *sed si.*

X. *Quamvis filia absque voluntate patris regulariter dotem exigere non possit; tamen ;* 1.° Si patri propter condemnationem Romæ ubi dos petatur esse non liceat (2); filiæ satis dotis fieri oportet, ita tamen ut caveat Ratam rem patrem habiturum. *d. l.* 22. § 4.

2.° Si filia furiosi a viro diverterit; dictum est, vel agnato curatori voluntate filiæ, vel filiæ consentiente agnato, solvi dotem. *l.* 65. *ff. de Solut. et liberat.* Pompon. lib. 1. ex Plautio.

Et alibi. Si Soluto Matrimonio, pater furiosus sit; curator ejus voluntate filiæ dotem petere poterit: aut, si curatoris copia non sit, agere filiæ permittendum erit, caverique oportebit de rato. *sup. d. l.* 22. § 10.

3.° Idem decernendum est et si ab hostibus captus sit pater, puellæ dandam actionem de dote repetenda. *d. l.* 22. § 11.

4.° *Adhuc unus est casus quo mulier filiafamilias dotem absque patre, Soluto Matrimonio, accipere potest. Nam* Si filiafamilias nuptura, ex peculio cujus administrationem habet, dotem viro dedit; deinde, quum in eadem causa peculium ejus (3) esset, divortium fecerit; dos ei recte solvitur, quasi a quolibet peculiari debitore. *l.* 24. *ff. de Jur. dot.* Pompon. lib. 15. ad Sabin.

XI. *Quemadmodum regulariter filiafamilias citra voluntatem patris; ita vice versa pater citra voluntatem filiæ dotem exigere non potest : nec enim sicut peculium, ita dotem ei invitæ adimere potest.*

Hinc Diocletianus et Maximianus rescribunt. Filiæ pecuniam adimere quam habes in potestate minime prohiberis. Nam (4) si pro ea dotem dedisti; hanc constante matrimonio, ne consentiente quidem ipsa; Matrimonio autem dissoluto, eadem invita repetere non potes. *l.* 7. *Cod. h. t.*

Item Africanus : Titia divortium a Seio fecit. Hanc Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat. Ipsa se matremfamilias dicit, et De Dote agere vult. Quæsitum est, quæ partes judicis sint? Respondi, Patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem : sicuti denegaretur, etiamsi constaret eam in potestate esse. *l.* 34. lib. 8. quæst.

Eo autem tempore consentire filiam patri oportet, quo lis contestatur. Secundum hæc, si filia dicat se patri consentire, et ante litis contestationem mutaverit voluntatem, vel etiam emancipata sit, frustra pater aget. *l.* 22. § 5. Ulp. lib. 33. ad. Ed.

XII. Voluntatem autem filiæ, quum pater agit De Dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore Antonino rescriptum, Filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. Et Julianus libro 48 Digestorum scripsit, Quasi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat. Nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam merito credet? Sed si absens filia sit; dicendum erit, non ex voluntate ejus id factum, cavendumque Ratam rem filiam habituram a patre. Ubi enim sapit, scire eam exigimus; ut videatur non contradicere. *l.* 2. § 2. Ulp. lib. 35. ad Sabin.

Quid tamen si filia latitet ne patri consentiat, an in perpetuum denegabitur actio patri? Hoc ex arbitrio judicis pendebit; qui ex patris moribus æstimabit an ei actio deneganda sit, necne.

Enimvero : Necnon illud quoque probamus quod Labeo probat, nonnunquam patri denegandam actionem; si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit ne acceptam dotem consumat. Ideoque officium judicis interponendum est, quatenus et filiæ et patri competenter consuletur. Sed si latitet filia ne tali patri consentire cogatur; puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita. Quid enim si filia verecunde per absentiam patri contradicat (5)? Cur non dicamus patri non esse dandam actionem? Quod si is pater sit cui omnimodo consentire filiam decet, hoc est vitæ probatæ; filia levis mulier, vel admodum juvenis, vel nimia circa maritum non merentem : dicendum est, patri potius acquiescere Prætorem oportere, dareque ei actionem. *sup. d. l.* 22. § 6.

XIII. *Vidimus patrem citra voluntatem filiæ non posse regulariter exigere dotem : pariter non recte ei solvitur citra filiæ voluntatem.*

(1) Nocebit mulieri stipulatio illius qui, ipsa delegante, ab ejus viro stipulatus est.

(2) Puta, quia relegatus est.

(3) Scilicet si interim pater ei non ademit peculium, aut peculii administrationem.

(4) *Nam* pro *sed.*

(5) Verecunda contradictio est, si latitet ne consentiat.

Hoc docet Julianus. Ita ille : Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset; non est liberatus : sed condicere socero potest, nisi ratum filia habuisset. Et propemodum similis est gener, ei qui absentis procuratori solveret : quia, in causam dotis, particeps et quasi socia obligationis patri filia esset. *l.* 34. § 6. *ff. de Solutionib.* JULIAN. LIB. 54. DIGEST.

Simili ratione, etiamsi pater viro debitori dotis heres extiterit, manet actio De Dote *mulieri. Unde Severus et Antoninus cuidam Aquiliæ rescribunt :* Secundum rationem Juris existimas restitui tibi debere dotem a fisco, qui bona damnati patris tui suscepit. Licet enim viro quondam tuo pater tuus heres extiterit; attamen juri tuo hoc derogare non potest, cum et ipse pater sine voluntate tua nec exigere nec accipere dotem poterat. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

XIV. *Quamvis autem maneat actio mulieri, quum patri citra illius voluntatem dos soluta est; tamen* Si pater sine consensu filiæ dotem a viro exegisset, et eamdem alii viro ejus filiæ nomine dedisset, et mortuo patre, filia cum priore viro ageret; Doli mali exceptione repellitur. *l.* 4. POMPON. LIB. 15. AD SABIN.

Item Si pater, filia absente, de Dote egerit; etsi omissa sit DE RATO satisdatio, filiæ denegari debet actio : sive patri heres extiterit, sive in legato tantum acceperit quantum dotis satis esset. Et ita Julianus pluribus locis scribit, Compensandum in dotem quod a patre datur lucroque ejus cedit, si tantum (1) ab eo consecuta sit quantum ei dotis nomine debeatur a marito qui patri solvit. *l.* 22. § 3. ULP. LIB. 33. AD ED.

Generaliter autem respondet Ulpianus : Dotem voluntate filiæ videri patrem recepisse; cum causas contradicendi ei filia non habeict; maxime cum ab eo postea ampliore summa dotata sit. *l.* 37. LIB. 2. RESPONS.

ARTICULUS III.

Quid obtineat circa restitutionem Dotis, Soluto Matrimonio per servitutem alterutrius conjugis.

XV. *Si Matrimonium dissolvatur per captivitatem alterutrius conjugis; nondum committitur dotis restitutio, propter spem postliminii. Si ibi decesserit, eadem obtinent quasi morte ejus Solutum esset Matrimonium.*

Hinc Valerianus et Gallienus rescribunt : Si quidem vivit apud hostes uxor tua; nondum frater ejus quasi heres dotem repetere potest. Si vero diem functa est, et hereditatem ejus possit vindicare; dotis quoque repetitio ei jure competit, cum in stipulatum (2) deducta sit. *l.* 5. *Cod. h. t.*

Similiter Pomponius : Si ab hostibus capta filia quæ nupta erat, et dotem a patre profectam habebat, ibi decesserit : puto dicendum, perinde observanda omnia ac si nupta decessisset; ut, etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat. *l.* 10. LIB. 15. AD SABIN.

Quod ad cæteras servitutis species attinet, cum morti comparentur, patet idem Jus obtinere ac in casu mortis.

SECTIO II.

De tempore Dotis restituendæ.

XVI. *Dos, Soluto Matrimonio, restituenda est a marito; non tamen semper statim. Enimvero Jure Pandectarum* Dos si pondere, numero, mensura contineatur; annua, bima, trima die reddetur, nisi si, ut præsens reddatur, convenerit. Reliquæ dotes statim redduntur. ULP. FRAGM. *Tit.* 6. § 8.

Ex Constitutione autem Justiniani, aliud restituendæ dotis tempus præfinitum est : nimirum ut intra annum a Soluto Matrimonio res mobiles et se moventes et incorporales restituerentur; res autem soli, statim. l. un. § 7. Cod. *de Rei uxor. act.*

Sive autem mariti sive uxoris periculo dos fuit, nihilominus legitimo tempore debet solvere maritus. *l.* 24. § 3. ULP. LIB. 33. AD ED.

Cæterum si convenerit de tempore quo dos restitueretur : intra illud tempus dos restituenda est; scilicet, si citerius legitimo tempore. Ut enim tardius reddatur, pactum non valet : ut vid. supra lib. 23. *Tit.* de Pact. dotal. *N.* 4.

XVII. *Interdum, quum Soluto Matrimonio dilectio viro ad reddendam dotem conceditur, hæc adjicitur lex ut vir eo nomine satisdet. Hoc autem casu* Quotiens mulieri satisdandum (3) est de solutione dotis post certum tempus; si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio residui repræsentatur. Sed si quum maritus satisdare posset, nollet; in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Judicis igitur officio convenit, ut, aut satisdatione interposita, absolvat maritum, aut habita ratione compensationis eum condemnet. Quod quidem hodie magis usurpatur. Nec ferenda est mulier, si dicat magis se velle dilationem pati quam in repræsentatione deductionem. *d. l.* 24. § 2.

XVIII. *Dilatio autem quæ sive ex conventione sive ex Lege ad restitutionem dotis competit, ad eam dotis partem non porrigitur ex qua mulierem funerari oportuit; cum hæc res moram non patiatur.*

Hinc Si filiafamilias nupta decesserit, et pater

(1) Cujacius Observ. III. 16. emendat *si amplius consecuta sit, quam ei, etc.* argumento legis 34. § 5. ff. *de Legatis* 2.

(2) Jure Pandectarum, præmortua muliere, heredes mulieris actionem ad repetendam dotem ita demum habebant, si eam sibi Soluto Matrimonio reddi fuisset stipulata : ut vid. supra *Art.* 1.

(3) Satisdatio pro dote, constante Matrimonio exigi prohibetur; ut videb. infra lib. 46. Tit. *de Fidejussorib.* Soluto Matrimonio, utiliter accipitur.

funus ei fecerit; tametsi ei dotem post aliquod tempus gener reddere deberet, tamen continuo socer agendo consequetur ut impensam funeris præsentem recipiat. Cætera dotis, statuto tempore solvantur. *l.* 60. PROCUL. LIB. 5. EPISTOL.

XIX. *Vidimus intra quod tempus a die Soluti Matrimonii dos exigi possit. Interdum constante adhuc matrimonio, exigi potest, scilicet quum maritus vergit ad inopiam.*

De qua re quærit Ulpianus: Si constante matrimonio, propter inopiam mariti, mulier agere volet; unde actionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. *l.* 24. ULP. LIB. 33. AD ED.

Simili ratione, deportato viro, Matrimonium quidem perseverat si mulier non mutet uxoris affectionem (1); Ideoque dotis exactio ipso Jure non competit: sed indotatam eam esse, cujus laudandum propositum est, nec ratio æquitatis nec exempla permittunt (2). *l.* 2. *Cod. de Repud.* ¶ *ideoq.* ALEXANDER.

Justinianus autem constituit ut, eo casu quo maritus vergit ad inopiam, possit uxor constante matrimonio non solum agere adversus ipsum maritum, sed etiam adversus alios agere Hypothecaria *actione, quemadmodum Soluto Matrimonio potuisset. Præcipit præterea ut, constante matrimonio mulier cui restituitur dos, nihil possit alienare ex rebus dotalibus; et ut ad onera matrimonii reditus impendantur.* l. 29. Cod. de Jur. dot.

(1) Vid. supra Tit. *de Divort.* N. 1.

(2) Eam igitur, quamvis constante matrimonio, repetet a fisco ad quem bona deportati mariti perveniunt.

SECUNDA PARS.

De actionibus quæ ad Dotis restitutionem competunt.

XX. *Soluto Matrimonio, mulier aut alius cui dos restitui debet, res dotales propria auctoritate occupare non potest.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Dotis actione successores mariti super eo quod ei dotis nomine fuerat datum, convenire debes. Ingrediendi enim possessionem rerum dotalium heredibus mariti non consentientibus, sine auctoritate competentis judicis nullam habes facultatem. *l.* 9. *Cod. h. tit.*

Jure Pandectarum, ad restitutionem dotis, actio REI UXORIÆ *mulieri, necnon patri in cujus potestate est, competit. Ipsi præterea actio* EX STIPULATU *competebat, si de dote reddenda stipulatio interposita fuisset. Extraneo qui dotem constituerat, nunquam* Rei uxoriæ *actio competere poterat; sed aut actio* Ex stipulatu, *si dotem sibi reddi stipulatus erat; aut civilis actio* Præscriptis verbis, *si simplex pactum de dote ipsi reddenda intervenerat quum dotem daret.*

Ex Constitutione autem Justiniani, unica datur ad dotis restitutionem EX STIPULATU *actio; in quam* REI UXORIÆ *actio transfusa est. Quam quidem actionem* Ex stipulatu *Justinianus vult dari, etiamsi aut omnino non fuerit interposita stipulatio, aut inutiliter. l. un.* Cod. de Rei uxor. act.

Quinetiam Justinianus Utilem Vindicationem *mulieri dat Soluto Matrimonio, rerum quas in dotem dedit, sive mobiles sive immobiles, sive æstimatas sive inæstimatas:* Non enim *(inquit)* quod Legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas delata vel confusa est. *l.* 30. *Cod. de Jure dotium.* ¶ *non enim.*

Item si nolit IN REM *agere, dat ei in illis rebus hypothecam omnibus creditoribus anteriorem.* d. l. 30.

Sed et in bonis mariti dedit mulieri tacitam hypothecam qualem habet pupillus in bonis tutoris. l. un. § 1. Cod. de Rei uxor. act.

Circa actiones illas quæ de restituenda dote competunt, videbimus 1.° *Adversus quos competant;* 2.° *Quid in his actionibus veniat præstandum;* 3.° *Quæ retentiones his judiciis fiant; et quatenus vir judicio* Dotis *teneatur;* 4.° *De privilegio harum actionum;* 5.° *Denique quando illæ competere desinant.*

SECTIO I.

Adversus quos competant actiones de restituenda Dote.

XXI. Transgrediamur nunc ad hunc articulum ut quæramus adversus quos competit De Dote actio? Et adversus ipsum maritum competere palam est; sive ipsi dos data sit, sive alii ex voluntate mariti, vel subjecto juri ejus, vel non subjecto. *l.* 22. § 12. ULP. LIB. 33. AD ED.

Et quidem Mutus, surdus, cæcus, dotis nomine obligantur; quia et nuptias contrahere possunt. *l.* 73. *ff. de Jur. dot.* PAUL. LIB. 71. SENTENT.

Hæc ita, quum maritus est paterfamilias.

XXII. Sed si filiusfamilias sit maritus, et dos socero data sit; adversus socerum agetur. Plane si filio data sit; si quidem jussu soceri adhuc

absolute (1) socer tenebitur. Quod si filio data sit non jussu patris, Sabinus et Cassius responderunt, Nihilominus cum patre agi oportere (2): videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium. Sufficit autem ad id damnari eum quod est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. Sin autem socero dotem dederit; cum marito non poterit experiri, nisi patri heres extiterit. *sup. d. l.* 22. § 12. ¶ *sed filiusfam.*

XXIII. *De primo casu, quum dos ipsi socero data est, adversus socerum actionem in solidum dari rescribunt etiam Diocletianus et Maximianus.* Si socero filiæ tuæ dotem dedisti; licet in ejus positus potestate gener tuus rebus humanis exemptus sit; tamen non De peculio, sed in solidum a te (consentiente filia) conventum eum satisfacere oportet. *l.* 10. *Cod. d. tit.*

Ipsum autem maritum non teneri vidimus, nisi patri cui dos data est heres extiterit.

Igitur Si exheredato marito mulier agat, magis est ut ex die aditæ (3) patris hereditatis incipiat ei dotis exactio. *l.* 24. § 1. ULP. LIB. 33. AD ED.

Cum *(autem)* patri dos data esset, et ei filius ex aliqua parte heres sub conditione institutus fuerit, et pendente conditione coheredes ejus dotem pro sua portione mulieri solverint; hoc minus filius ex dote præstare debebit, quoniam nullam actionem ejus pecuniæ reciperandæ gratia adversus coheredes habet (4). *l.* 31. § 3. JULIAN. LIB. 18. DIGEST.

XXIV. *Jam vero circa alterum casum, quo ipsi viro filiofamilias dos data est, ita statuit Tryphoninus*: Si filiofamilias dos data est; ipse quidem Dotis actione tenetur, pater autem ejus De peculio (5): nec interest in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat necne. Sed quatenus facere potest, hic quoque (6) condemnandus est. Intelligitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei judicandæ tempore. Atquin (7) si cum patre agatur, deduceretur ex peculio quod patri vel subjectis ei personis filius debet (8): at si cum ipso filio agatur, alterius (9) debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit filius. *l.* 53. LIB. 12. DISPUT.

Notandum autem, in peculio filii contineri quod uxor ipsius ei debet.

Hinc Paulus: Si filiofamilias dos data sit injussu patris, De peculio quidem agetur. Sed sive propter impensas a filiofamilias factas, sive propter res donatas a filio, vel amotas ab uxore res peculiares; hoc ipso quod habet actionem pater ex persona filii, majus peculium fit. Et sic totum præstandum mulieri, quod est in peculio: qui adhuc sit quod uxori (10) debeatur. *l.* 25. PAUL. LIB. 36. AD ED.

XXV. *Observandum superest, persecutionem dotis competere adversus heredes et quoscumque successores viri aut soceri qui dotem acceperunt.*

Hinc Si marito publico judicio damnato pars aliqua bonorum ejus publicetur, fiscus creditoribus ejus satisfacere necesse habet; inter quos uxor quoque est. *l.* 31. JULIAN. LIB. 18. DIGEST.

Quod Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem; quandoque mortuo patre cum herede ejus filiam (11) De dote acturam, Nerva et Cato responderunt; ut est relatum apud Sextum-Pomponium, Digestorum ab Aristone libro quinto. Ibidem Aristoni consensit. Ergo diceremet, si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse. *l.* 44. PAUL. LIB. 5. QUÆST.

SECTIO II.

Quid veniat in actione quæ ad Dotis restitutionem competit.

Vir aut socer cum quo Soluto Matrimonio agitur, vel quid dotis causa accepit, vel accepisse confessus est quod non accepit; vel quid ipsi dotis causa promissum est, necdum solutum; vel aliqua obligatione qua tenebatur, fuit dotis causa liberatus. Pro variis istis casibus, varia in hac actione veniunt. Quæ singula seorsim tractanda.

(1) In solidum.

(2) Sed *De peculio* dantaxat, et *In rem verso*; at mox subjicit. Filius autem hoc casu ipse tenebitur.

(3) Cum enim nonnisi adversus soceri heredem mulier agere possit; non est adversus quem possit agere; donec hereditas fuerit adita.

(4) Nec enim jam potest judicio *Familiæ erciscundæ* præcipere dotem, cum ipsius coheredes eam pro portionibus suis restituerint.

(5) Scilicet si jussus patris non intervenit; alioquin pater teneretur in solidum, actione *Quod jussu*.

(6) Filius.

(7) Dixit patrem teneri *De peculio*, filium teneri *quatenus facere potest* ex suo peculio. Hinc ne concludas similiter eos teneri: discrimen enim illud est inter patrem et filium, quod *Si cum patre, etc.*

(8) Hanc deductionem fieri quotiescumque *De peculio* pater convenitur vidimus supra libro 15. Tit. *De peculio*. Sect. 4. art. 3.

(9) Nec ejus quod debet patri, nec ejus quod cuivis alteri debet. Æstimatio enim ejus quod quis facere potest, non fit deducto ære alieno. Infra Sect. 3. art. 2.

(10) Recte putat Gothofredus legendum, *quod uxor debeat*. Finge in dote fuisse mille; in peculio trecenta; et ducenta quæ a muliere debentur. Socer *Rei uxoriæ* actione *De peculio* conventus, totum quod est in peculio præstare debet; scilicet solvere debet trecenta, et accepto facere ducenta quæ ipsi ex persona filii a muliere debentur: quia ni id faciat, non totum peculium absumet; erit enim adhuc in peculio id quod uxor debet.

(11) Agitur hic de filiafamilias muliere quæ adversus patrem suum in cujus potestate est, agere non potest: cæterum *quandoque*, id est, *mortuo patre, etc.* Emancipata autem, adversus ipsum patrem agere posset; ut mox statim dicitur.

CAPUT PRIMUM.

Quid veniat in judicio Dotis, *quum quid vir aut socer accepit Dotis causa.*

Interest an pecuniam aliasve res fungibiles vir aut socer accepit; an species inæstimatas, an species æstimatas.

ARTICULUS I.

De casu quo res fungibiles viro aut socero traditæ sunt in dotem.

XXVI. *Quum vir accepit res fungibiles; non corporum, sed quantitatis, Soluto Matrimonio, debitor est : adeoque, etiamsi corpora perierint, quantitas quam accepit hac actione restituenda venit.*

Hinc Gaius : Res in dotem datæ quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt; quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat; et quandoque Soluto Matrimonio, ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus. *l.* 42. *ff. de Jur. dot.* LIB. 11. AD ED. PROVINC.

Præterea pecuniæ quæ in dotem data est, usuræ veniunt ex mora; si dos actione REI UXORIÆ *repetetur. Quippe inter bonæ fidei judicia numeratur; in quibus judiciis usuræ ex mora veniunt : ut vid. supra lib.* 22. *Tit.* de Usuris *N.* 46.

Quod si actione EX STIPULATU *repeteretur, cum hæc actio sit stricti Juris, non veniebant usuræ. Justinianus autem constituit actionem* Ex stipulatu, *quam ad dotis repetitionem dedit, naturam* Rei uxoriæ *actionis quæ in ipsam transfusa est sortiri; et bonæ fidei judiciorum beneficia obtinere : adeoque dicendum est, Jure Justinianeo usuras pecuniæ dotalis ex mora deberi. l. un.* § 2. *Cod.* de Rei uxor. act.

Præter ipsam autem pecuniam quam vir in dotem accepit, et ejus ex mora usuras, nihil præterea restituendum venit : nec possunt ab eo peti res quas ex hac pecunia comparavit. Sic enim rescribunt Diocletianus et Maximianus : Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quæritur; cum neque maritus uxori actionem Empti possit acquirere. At Dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus Præses provinciæ, si non te transegisse repererit, sed ex majore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit. *l.* 12. *Cod. de Jur. dot.*

ARTICULUS II.

De casu quo vir socerve species inæstimatas accepit Dotis causa.

Hoc casu restituendæ veniunt ipsæ species quæ in dotem datæ sunt : vel, si viro socerove citra ipsius culpam evictæ sunt, venit restituendum si quid in vicem earum accepit.

Præterea restituendum venit quidquid his speciebus accessit, et quidquid ab eis profectum est; exceptis tamen fructibus temporis quo stetit matrimonium. Quædam etiam cautiones interponendæ veniunt. Dispiciendum denique quomodo fiat restitutio ususfructus in dotem constituti.

§ 1. *De restitutione ipsarum specierum quæ inæstimatæ in dotem datæ sunt.*

XXVII. *Ipsæ res quas mulier aliusve pro ea inæstimatas in dotem dedit, ei, Soluto Matrimonio, restituendæ sunt.*

Nec solum si propriam; sed et Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est quasi suam dedisset : et fructus quoque pro portione anni quo divortium factum est. *l.* 11. POMPON. LIB. 16. AD SABIN.

Veniunt autem species restituendæ quales tunc sunt; et ita demum si extent, earumque copiam vir socerve habeat.

Tamen Si post divortium res dotales deteriores factæ sunt, et vir in reddenda dote moram fecerit; omnimodo (1) detrimentum ipse præstabit. *l.* 25. § 2. PAUL. LIB. 36. AD ED.

Pariter tenetur si, post moram, eas omnino desiit habere : nisi jam fuisset mora purgata. V. G. Semel mora facta, si servum dotalem postea offerente (2) marito, mulier accipere noluerit; et ita is (3) decesserit : non debebit ei pretium ejus maritus, vel heres ejus; ne damnum sentiat quod postea offerente eo mulier accipere noluit. *l.* 26. PAUL. LIB. 37. AD ED.

XXVIII. *Quod si ante moram res deterior facta sit aut eam vir omnino habere desiit; ita vir tenebitur, si dolo aut culpa ipsius contigit.*

Enimvero In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accepit : sed etiam diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet. *l.* 17. *ff. de Jur. dot.* PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Similiter Javolenus : In his rebus quas præter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam cum præstare oportere, Servius ait. Ea sententia P. Mucii est. Nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit (quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat, perissent); [ait] quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniæ præstari oportere. *l.* 66. LIB. 6. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

Quod de viro dicitur de socero dictum puta.

Nam Paulus respondit, In rebus dotalibus etiam patrem mariti, dolum et culpam præstare debere. *l.* 72. § 1. *ff. de Jur. dot.* PAUL. LIB. 8. RESPONS.

Cum autem nimia sævitia culpæ annumeretur ; Si maritus sævus in servos dotales fuit; videndum an

(1) Id est, sive culpa sive citra culpam ejus factum sit. Nam post moram non distinguitur, an culpa intervenerit, necne.

(2) Oblatione purgatur mora.

(3) Servus.

de hoc possit conveniri? Et, si quidem tantum in servos uxoris sævus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis; adhuc dicendum est, immoderatam ejus sævitiam hoc judicio coercendam. Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet; nec plus possit: attamen sævitia quæ in propriis culpanda est, in alienis coercenda est (1), hoc est in dotalibus. *l.* 24. § 5. Ulpian. lib. 33. ad Ed.

XXIX. *Vir quidem tenetur tam de culpa quam de dolo. Interesse tamen ait Paulus, an dolus ejus arguatur an culpa:* Quod si dolo malo fecerit quominus restituere possit, damnandum eum quanti mulier in litem juraverit (2); quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat. *l.* 25. § 1. ¶ *quod si.* Paul. lib. 36. ad Ed.

Uno casu vir culpæ nomine tenetur. Nam Si mora per mulierem fuit quominus dotem reciperet; dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam, maritus præstare debet: ne facto mulieris, in perpetuum agrum ejus colere cogatur. Fructus tamen qui pervenissent ad virum, redduntur. *l.* 9. Pompon. lib. 14. ad Sabin.

§ 2. *De restitutione ejus quod vir socerve accepit in vicem rei quam inæstimatam Dotis causa acceperat, et quam sine culpa sua habere desiit.*

XXX. *Hujusce rei exemplum habes in specie sequenti.* Si fundus communis in dotem datus erit et socius egerit cum marito Communi dividundo, adjudicatusque fundus socio (3) fuerit; in dote erit quantitas qua socius marito damnatus fuerit: aut, si omissa licitatione extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio quæ distracta est (4); sed ita, ut non vice corporis habeatur. Nec divortio secuto, præsenti die, quod in numero est restituatur, sed statuto tempore (5) solvi debeat. *l.* 78. § 4. *ff. de Jur. dot.* Tryphonin. lib. 11. disputat.

Idem observatur quum vir ultro vendit rem dotalem accedente mulieris voluntate, aut aliquid quod hujus rei pars sit. Pretium enim convertitur in dotem loco rei; et hoc judicio venit restituendum.

V. G. Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem, vel arbores, quæ fructus non essent (6), sive superficium ædificii dotalis, voluntate mulieris vendiderit; nummi ex ea venditione recepti, sunt dotis. *l.* 32. *ff. de Jur. dot.* Pompon. lib. 16. ad Sabin.

§ 3. *De restitutione accessionum et omnis causæ quæ ab ipsis rebus Dotis causa citra æstimationem datis profecta est.*

XXXI. Si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est. *l.* 10. § 1. *ff. de Jur. dot.* Ulp. lib. 34. ad Sabin.

Si igitur proprietati nudæ ususfructus accesserit, plena proprietas hoc judicio restituenda erit. Et quidem, ut observat Paulus, Si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus accesserit; incrementum videtur dotis, non alia dos: quemadmodum si quid alluvione accessisset. *l.* 4. *ff.* de Jure dotium.

XXXII. *Neque solum id quod rei dotali accessit, sed et quod ab ea re separatum est, aut ex ea re superest, venit hoc judicio restituendum. Hinc Alfenus:* Vir in fundo dotali, uxoris rogatu, olivetum succiderat; hoc, ut novellum reponeret. Postea vir mortuus erat, et uxori dotem relegaverat. Ligna quæ ex oliveto excisa essent, oportere mulieri reddi respondit. *l.* 8. *ff. de pact. dotal.* lib. 3. digest. a Paulo epitomat.

XXXIII. *Venit etiam in hoc judicio restituenda causa rerum dotalium, quæ ex his rebus aut circa eas res nata est.*

Et hoc maxime, si ante nuptias. Nam V. G. Si servo in dotem ante nuptias dato donatum aliquid vel legatum ante nuptias fuisset, ampliatur dos; sicut ex fructibus fundi qui ante nuptias traditus est. *l.* 47. *ff. de Jur. dot.* Julian. lib. 18. digest.

Sed et ea causa quæ constante matrimonio nata est, venit hoc judicio restituenda. Hinc V. G. constante matrimonio, Si legato aut hereditate aliquid servo dotali obvenit, quod testator noluit (7) ad maritum pertinere; id Soluto Matrimonio reddendum est mulieri. *l.* 65. *d. tit.* Pompon. lib. 5. ad Q. Mucium.

Hinc indistincte ait Ulpianus: Si servi sobolem ediderunt, mariti lucrum non est. *l.* 10. § 2. *d. tit.* lib. 34. ad Sabin.

Enimvero Partum dotalium ancillarum, dotis esse portionem convenit. Ideoque frustra pacisci virum ut inter uxorem et se partus communis sit. *l.* 69. § 9. *ff. de Jur. dot.* Papin. lib. 4. respons.

Et generaliter quidquid propter rem dotalem ad virum pervenit (exceptis tamen, ut infra dicemus, rerum dotalium fructibus) id judicio Dotis *restituere debet.*

(1) Quare servi dotales hic dicuntur *alieni*; cum supra diximus (Tit. *de Jur. dot.* Sect. 3. art. 2.) maritum esse eorum dominum; Nimirum tales dicuntur inspecto tempore soluti Matrimonii, quo restituendi sunt uxori et desinent esse mariti.

(2) Culpæ autem nomine tenetur duntaxat quanti res est. Nam propter culpam non juratur in litem: ut vid. supra lib. 12. Tit. *de In lit. Jurand. N.* 3.

(3) Hoc casu partem fundi sibi in dotem datam, citra culpam habere desiit: non potest igitur hujus esse debitor, Soluto Matrimonio. Sed cum in vicem ejus pretium acceperit, hujus pretii debitor erit.

(4) Vitiosa constructio. Rectius *Pretii portio quæ distractus est.*

(5) Annua, bima trima die: ut vid. supra N. 26.

(6) Vid. infra N. 41, 42 et 43.

(7) Id est, nisi testator specialiter significaverit se contemplatione mariti relinquere.

Hinc in specie in qua fundus mulieri et alteri socio communis in dotem datus est, et socius egit cum marito Communi dividundo (*supra N.* 29.) *ita subdit Tryphoninus:* Quod si marito fundus fuerit adjudicatus; pars utique data in dotem, dotalis manebit: divortio autem facto, sequitur restitutionem, propter quam ad maritum pervenit etiam altera portio; scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio. Nec audiri debebit alteruter eam æquitatem recusans, aut mulier in suscipienda parte altera quoque, aut vir in restituenda. Sed an constante matrimonio non sola pars dotalis sit quæ data fuit in dotem, sed etiam altera portio, videamus? Julianus de parte tantum dotali loquitur. Et ego dixi in Auditorio, illam solam dotalem esse. *l.* 78. § 4. *ff. de Jur. dot.* § *quod si marito.* TRYPHON. LIB. 11. DISPUT.

XXXIV. *Regula quam statuimus, quidquid ex re aut propter rem dotalem vir consecutus est, hoc judicio* Dotis *restituendum venire, exceptionem patitur in fructibus constante matrimonio perceptis; de quibus infra § seq.*

Observandum autem ea omnia quæ modo diximus Soluto Matrimonio restituenda esse, tanquam accessoria rerum quæ inæstimatæ in dotem datæ sunt, eodem jure censeri ac si principaliter essent in dotem data; scilicet quoad illorum fructus, et quoad diligentiam circa illa præstandam.

Hinc Pomponius: In partem dotis reddendæ erit, id quod mulieri ex peculio servi restitui debebit. Et ideo dolum et culpam in eo peculio vel acquirendo vel conservando maritus præstare debet. Et fructus ex eo percepti, quomodo cujuslibet rei dotalis, ad maritum pertinebunt. *l. fin.* POMPON. LIB. 23. EPISTOL.

§ 4. *De fructibus rerum quæ inæstimatæ in dotem datæ sunt.*

Quæstio Prima:

An et quomodo fructus rerum Dotalium in restitutionem veniant?

XXXV. *Interest quo tempore fructus rerum dotalium percepti sint.*

Enimvero Si fructus, constante matrimonio percepti sint, dotis non erunt.

Si vero ante nuptias percepti fuerint, in dotem convertentur; nisi forte aliquid inter maritum futurum, et destinatam uxorem convenit: tunc enim quasi donatione facta (1) fructus non redduntur. *l.* 7. § 1. *ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 31. AD SABIN.

XXXVI. *Cum fructus constante matrimonio percepti, dotis non sint; sequitur quod nec Soluto Matrimonio restituantur. Scilicet* Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit. Cum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere. *d. l.* 7.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse quos ipse cepit: vel, si uxori capere donationis causa permisit, eum in quantum locupletior facta est, posse agere (2); manifestissimi Juris est. *l.* 20. *Cod. de Jur. dot.*

Quomodo autem fructus, qui ad maritum pertinent, intelligi debeant, disce ex eo quod de fœtibus docet Ulpianus. Sed fœtus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur sic tamen ut suppleri proprietatem prius oporteat; et, summissis in locum mortuorum capitum ex agnatis, residuum in fructum maritus habeat; quia fructus dotis ad eum pertineat. *l.* 10. § 3. *ff. de Jur. dot.* LIB. 34. AD SABIN.

XXXVII. *Cum fructus rerum dotalium, constante matrimonio, percepti, pro oneribus matrimonii marito tribuantur: hinc sequitur dotis fructus et usuras ita demum ad maritum pertinere debere, si onera matrimonii sustinuit.*

Hac ratione nititur distinctio Scævolæ in specie sequenti. Si inter maritum et socerum (3) id actum esset, vel tacito intellectu, ut onus exhibendæ uxoris ad maritum rediret, præstante patre dotis usuras; nullam actionem superfore, ad recipiendum quod negetur consumptum (4). Quod si pater puellæ exhibitionem mandasse se doceat, actionem Mandati competere (5). *l.* 60. § 3. *ff. Mandati.* SCÆVOLA LIB. 1. RESPONS.

XXXVIII. *Denique cum fructus rerum dotalium pro oneribus matrimonii marito tribuantur; hinc fructus extremi anni lucratur pro rata temporis quo hoc anno stetit matrimonium.*

At De divisione anni ejus quo divortium factum est, quæritur; ex die matrimonii, an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus? Et utique in fructibus a viro retinendis, neque dies dotis constitutæ, neque nuptiarum, observabitur; sed quo primum dotale prædium constitutum est; id est, tradita possessione (6). *l.* 5. ULP. LIB. 30. AD SABIN.

Tamen Si ante nuptias fundus traditus est: ex die nuptiarum ad eumdem diem sequentis anni computandus annus est. Idem in cæteris annis servatur, donec divortium fiat. Nam si ante nuptias traditus sit, et fructus inde percepti; hi restituendi

(1) Quæ licita est, cum fiat ante matrimonium.

(2) *Condictione ex injusta causa;* cum eatenus donatio sit illicita.

(3) Patrem mulieris.

(4) Id est, etsi non omnem quantitatem usurarum in onera Matrimonii impenderit, non tamen superfluum socer repetere poterit. Nam cum vir suo nomine onera Matrimonii sustinetet, fructus adeoque usuræ dotis quæ vice fructuum sunt, ad ipsum pertinent.

(5) Scilicet ad repetendum superfluum quod vir ex usuris perceperat. Cum enim vir non suo nomine, sed ut procurator soceri sui onera Matrimonii sustineret; ad ipsum usuræ dotis, quæ vice fructuum sunt, non pertinent.

(6) Id est, ex quo constante Matrimonio, traditus est.

sunt quandoque divortio facto, quasi dotis facti. *l.* 6. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Jam quæritur quomodo hæc contributio fiat, et quinam fructus in contributionem veniant? Papinianus autem libro 11 Quæstionum, Divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiæ tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Kalendis Novembribus primus fruendum locaverit; mensis Januarii suprema die, facto divortio, retinere virum et vindemiæ fructus, et ejus anni quo divortium factum est quartam partem mercedis, æquum est. Alioquin si coactis vindemiis, altera die divortium intercedat; fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit; vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. *l.* 7. § 1. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

E contrario quoque idem observandum est. Nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit; et vir ex Kalendis Martiis eumdem locaverit, et Kalendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum; non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium quo dotale prædium fuit (1), ex mercede quæ debebitur portionem retinebit. *d. l.* 7. § 2.

Item si messes ejus anni quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur; ante vindemiam, Soluto Matrimonio, nihilominus pecunia messium (2) in computationem cum spe futuræ vindemiæ veniet. *d. l.* 7. § 3.

Apparet igitur ex his; illos fructus quos mulier percepit antequam nuberet, non debere in contributionem venire. *d. l.* 7. § 4.

XXXIX. *Hæc autem quæ dicimus, obtinent in cujuscumque rei fructibus. Nam* Non solum de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus; ut lana ovium, fœtusque pecorum præstaretur. Quare enim si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsuræ; post partum odes doti acceperit, item proximas tonsuræ; post partum et tonsas oves protinus divortio facto, nihil reddat? Nam et hic fructuum [a] toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. *d. l.* 7. § 9.

In servo quoque anni ratio habetur si in annum forte operæ ejus locatæ sunt; ut præteriti temporis ad maritum, post divortium autem ad mulierem operæ pertineant. *d. l.* 7. § 10.

De pensionibus quoque prædiorum urbanorum, idem est quod in fructibus rusticorum. *d. l.* 7. § 11.

XL. *Item* Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus; si bis in anno fructus capiuntur, ut est in locis irriguis. *d. l.* 7. § 6.

Et in pluribus annis idem dici potest, ut in sylva cædua. *d. l.* 7. § 7.

Item si locatio agri talis sit, ut super annuam mercedem quinquennio quoque aliquid amplius præstaretur. In eo enim quod amplius est, tempus ad quinquennium computamus. *d. l.* 7. § 8.

XLI. *Antequam autem fructus ita inter virum et uxorem dividantur; impensæ in eos fructus factæ præcipi debent ab eo conjuge qui has fecit.*

Enimvero Fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt: quod Scævola et ad mariti et ad mulieris impensas refert. Nam si mulier pridie vindemias doti dedit, mox sublatis a marito vindemiis divortit; non potat ei undecim duntaxat mensium fructus restitui, sed et impensas quæ antequam portiones fructuum fiant, deducendæ sunt. Igitur si et maritus aliquid impendit in eumdem annum, utriusque impensæ concurrent: ita et si impensarum a muliere factarum ratio habeatur quum plurimis annis in matrimonio fuit, necesse est (3) primi anni computari temporis quod sit ante datum prædium. *d. l.* 7.

Impendi autem fructuum percipiendorum causa Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est; quodque in tutelam ædificiorum, ægrumve servum curandum: scilicet si ex ædificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hæ impensæ non petentur, quum maritus fructum totum anni retinet: quia ex fructibus, prius impensis satisfaciendum est.

Plane si novam villam necessario extruxit, vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituerit; erit ejus impensæ Petitio: simili modo, et si pastina instituit. Hæ enim impensæ aut in res necessarias aut utiles cedunt, pariuntque marito actionem (4). *d. l.* 7. § 16.

Circa has fructuum impensas nota: Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur: quia totius anni unus fructus est. *l.* 8. § 1. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

XLII. *Ex his quæ diximus sequitur quod* Interdum marito de fructibus a muliere cavetur; et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet. Interdum retinebit tantum maritus, et nihil restituet; id est, si non plus erit, quam pro portione eum retinere oportet.

Interdum vero et reddet, si plus percepit quam eum retinere oportet. Eadem conditio erit etiam, si cum socero vel cum herede alterutrius De Dote agatur. *d. l.* 7. § 15.

(1) Scilicet ex quo constante Matrimonio, traditum est.

(2) Id est, pensio pro messibus debita.

[a] *Florent.* fructus.

(3) *Necesse est* computari impensas quas mulier ante datum in dotem prædium fecerat in fructus primi anni. Præcipiet autem mulier eas impensas ex fructibus supremi anni, qui sunt vice fructuum primi anni quos maritus consumpsit. *Ita Glossa.*

(4) Vid. Tit. *de Impens. in res dotal.* lib. seq.

XLIII. *Quemadmodum autem pro oneribus matrimonii vir retinet fructus rerum dotalium, pro rata temporis quo stetit matrimonium: ita in specie sequenti, etiam post divortium eos ad maritum pertinere putabat Labeo pro rata temporis quo mulier in mora fuisset. In quo a Javoleno reprehenditur. Nimirum finge mulierem, quæ fundum communem cum viro habebat, eum ipsi in dotem dedisse hac lege ut mulier, Soluto Matrimonio, totum fundum reciperet, reddito prius pretio portionis quam vir in eo habebat. Eo casu* Si per mulierem mora fieret quominus æstimationem partis fundi viro solveret et fundum reciperet, quum hoc pactum erat; fructus interim perceptos ad virum pertinere ait Labeo. *Javolenus :* Puto potius pro portione fructus virum habiturum, reliquos mulieri restituturum: quo Jure utimur. *l. fin.* § 1. *ff. de Fund. dot.* JAVOLENUS LIB. 6. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

Quæstio Altera:

Quæ res in fructu rerum dotalium computentur.

Vidimus quid obtineat circa fructus rerum dotalium. De quibusdam autem rebus hæc in re dubitatur, an in fructu sint.

XLIV. *Et 1.° quæritur de Arboribus.*

Hac de re ita Ulpianus : Si Fundum viro uxor in dotem dederit, isque inde arbores deciderit; si hæ fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui. Puto autem, si arbores cæduæ fuerunt vel cremiales (1); dici oportet in fructum cedere; si minus, quasi deteriorem fundum fecerit maritus, tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri, nec in fructum cedere; non magis quam si thesaurus fuerit inventus. In fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur (2) quasi in alieno inventi. *d. l.* 7. § 12.

XLV. 2.° *Similis dubitatio esse potest circa lapides qui in fundo dotali cæduntur.*

De his idem Ulpianus : Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, et fundum fructuosiorem fecerit; marmor quod cæsum neque exportatum, est mariti (3) et impensa non est ei præstanda; quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit ut lapis ibi renascatur; quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. *d. l.* 7. § 13.

De lapidicinis in fundo dotali institutis, ita etiam Javolenus : Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat. Divortio facto quæritur, marmor quod cæsum neque exportatum esset, cujus esset? Et impensam in lapidicinas factam, mulier an vir præstare deberet? Labeo, marmor viri esse ait (4). Cæterum viro negat quicquam præstandum esse a muliere, quia nec necessaria ei impensa esset, et fundus deterior esset factus. Ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas præstandas a muliere existimo; nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinæ in quibus lapis crescere possit. *l.* 18. *ff. de Fund. dot.* JAVOLEN. LIB. 6. EX POSTER. LABEONIS.

Maxime autem intelligetur lapis in fructu esse, si ad hunc usum fundus, quum in dotem constitutus est, jam paratus erat. Unde Paulus : Si fundus in dotem datus sit in quo lapis cæditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat: quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum ut iste fructus ad maritum pertineat, nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier. *l.* 8. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

XLVI. 3.° Sed si creti-fodinæ, argenti-fodinæ vel auri, vel cujus alterius materiæ sint, vel arenæ; utique in fructu habebuntur (5). *l.* 7. § 14. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

XLVII. 4.° *Vice etiam fructuum sunt usuræ nominis in dotem dati.*

Hinc Papinianus : Mulier pecuniam sibi debitam a Seio cum usuris futuri temporis in dote promittenda demonstravit. Eas quoque dotis portionem esse, quarum dies post nuptias cessit, rationis [non (6)] est. *l.* 69. § 1. *ff. de Jur. dot.* PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

§ 5. *De cautionibus interponendis circa species inæstimatas in dotem datas.*

XLVIII. Maritum in reddenda dote, de dolo

(1) Ita Haloander recte legit a cremando (*Bois de chauffage*). Vulgo; *gremiales*.

(2) Alteram dimidiam jure inventionis retinebit.

(3) Valde placet emendatio Ant. Fabri qui lib. 1. Conject. 8, legit; *non est mariti, et impensa est ei præstanda.* Hæc lectio congruit cum his quæ præcedunt et sequuntur. Ideo enim marmor non est mariti *quia* (ut statim subjicitur) *nec in fructu est marmor;* vir autem ex eo quod ex re dotali profectum est, nil præter fructus retinere potest. Ideo autem impensa ei restituenda, quia (ut supra modo dictum est) vir in aperienda hac marmoris fodina, *fundum fructuosiorem fecit.* Marmor quod inde extrahitur, plus emolumenti affert quam si ea pars fundi in sua agri natura relicta esset: debet igitur mulier restituere impensam, cum in rem ejus versa sit. Duarenus censet lectionem retinendam, putatque marmor tanquam fructum semper viro acquiri sive renascatur sive non; impensam autem non esse ei a muliere præstandam, *quia nec in fructu est marmor*, id est ut putat quia non pergit esse id fructus quia cum illud vir fere exarserit nullum inde fructum post divortium mulier latura est; refundere autem impensas mulier deberet si plurimum marmor superesset extrahendum.

(4) In superiori lege, marmor juxta emendationem Antonii Fabri quam sequendam putamus, non est mariti; quia non erat ea lapidicina in qua lapis renascitur. In hac autem lege 18 marmor est mariti; quia agitur de lapidicina in qua marmor renascitur, adeoque est in fructu.

(5) Scilicet si ad hoc fundus erat destinatus, quum in dotem datus est.

(6) Hanc negationem addendam recte censet Cujacius, et ratio hoc expostulat. Nam si ut portio dotis reddendæ essent usuræ; quid haberet vir in vicem onerum matrimonii?

malo et culpa cavere oportet (1). *l.* 25. § 1. PAUL. LIB. 36. AD ED.

Interdum etiam viro restituenti cavendum est. Nam V. G. Si vir in quinquennium locaverit fundum; et post primum forte annum divortium intervenerit : Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, SI QUID præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se præstatum (2) iri. Sed et mulieri cavendum, QUIDQUID præter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum (3). *d. l.* 25. § 4.

Item Quum mulier de dotis repetitione post Solutum Matrimonium agit, cavere debet marito qui ædium nomine damni infecti cavit, si velit eam recipere; ut periculum mariti amoveat. *l.* 55. PAUL. LIB. 5. AD PLAUTIUM.

XLIX. *Hæ cautiones interponuntur in restitutione rerum dotalium.*

Est et cautio quæ circa species dotales interdum interponitur, quum non restituuntur; puta, quum casu amissæ sunt. V. G. Si qui dotalium servorum in fuga erunt, cavere debebit maritus se eos viri boni arbitratu persecuturum et restituturum. *sup. d. l.* 25. § 3.

§ 6. *De restitutione ususfructus in dotem dati.*

L. Si ususfructus fundi cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur; difficultas erit post divortium, circa reddendum jus mulieri : quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno; et ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. *l.* 66. *ff. de Jure dot.* POMPON. LIB. 8. Q. MUCIUM.

LI. *Eo autem casu quo mulier proprietatem habebat, difficultas etiam potest occurrere si eam vel viro vel alii alienavit. De his casibus ita Tryphoninus :* Uxor viro usumfructum dotis nomine dedit : manente matrimonio, eidem fundum vendidit. Quæsitum est divortio facto, quid dotis nomine recuperare debeat? Dixi, Referre quanti fundus vænisset. Nam si nudæ proprietatis æstimatio facta fuisset, mulier Dotis judicio pretium ususfructus recuperare debet.

Quid ergo est, si vir ante litem contestatam mortuus fuisset? Heredes ejus nihil præstituros. Nam etsi quilibet alius emptor proprietatis extitisset, heres viri nihil mulieri præstaret; scilicet usufructu reverso ad proprietatem. Cæterum si fundus totus vænisset quanti debet vænire non detracto usufructu; intelligi, mulierem dotem, manente matrimonio, recepisse. *l.* 78. § 3. *ff. de Jure dot.* TRYPHONIN. LIB. 11. DISPUTAT.

LII. *Circa restitutionem ususfructus, plures casus complectitur Marcellus, qui ait :* Usufructu in dotem dato, si divortium intervenerit; nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat QUANDIU vixerit passurum se uti frui mulierem heredemque ejus. Quod an verum sit circa adjectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit ususfructus in dotem datus. Si, quum haberet mulier fructum, viro cujus erat proprietas fundi usumfructum cessit; nihil mulier heredi suo relinquet. Debebatur enim ei ususfructus, qui ad heredem non solet transire. Quod si fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet : cum proprietate enim ad heredem ejus transisset si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit proprietas; aut aliquis fundi sui usumfructum, mulieris jussu, viro ejus dederit in dotem; inspiciendum est primum, quemadmodum possit mulieri restitui. Potest autem vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest (4), vir jure suo cedat mulieri, fruique eam patiatur : vel, si se accommodavit (5) dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur ususfructus. Nam aut fructum fundi ille (6) mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo (ut inter eos actum fuerit) dare. Nam et finge hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere : quo casu non inique etiam mulieris herede agente, vir facere cogetur (7). Quippe si moram

(1) Scilicet nil se fecisse, quo dos minor aut deterior foret.

(2) Cujacius observat hoc intelligendum de casu quo mulier expelleret colonum : neque enim ei stare mulier tenetur. Cavebit igitur mulier, se (nisi patiatur colonum reliquo conductionis tempore frui) tantum præstaturam marito, quanti ob eam rem maritus actione *Ex conducto* tenebitur quod frui colono non licebit.

(3) Enimvero ad pensiones reliquorum annorum, ipsi marito qui contraxit actio adversus colonum competit; sed quod eo nomine consequetur, debet restituere mulieri.

(4) Quum mulier fundum suum cujus usumfructum viro in dotem dedit, postea alienavit; vir, soluto Matrimonio, non potest proprie restituere usumfructum mulieri quæ fundi domina esse desiit : nam jus ususfructus, utpote personale, non potest extraneo cedi : verum potest per æquipollens, usumfructum cedere et restituere mulieri : scilicet, ut ipse jus ipsum ususfructus retineat, caveat autem, ut quandiu ipse vivet, mulier fructus fundi percipiat, et quidem tam ipsa quam heres ejus, ut infra dicetur.

(5) Id est, se interposuerit, negotio accesserit.

(6) Dominus proprietatis : scilicet vir cedet in Jure suo usufructu, quo per hanc cessionem proprietati consolidato, dominus proprietatis qui volens huic negotio accessit; usumfructum mulieri constituet, aut si malit dominus usumfructum redimere, aliquid pro eo mulieri dabit.

(7) Id est, cogetur vir usufructu suo cedere; ut heres mulieris accipiat a domino proprietatis pretium ususfructus, qui per hanc cessionem ad dominum revertetur.

non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. Quod si facultatem ususfructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit (1) patientiam quam percipiendi fructus præstare ipsi debuit, etiam heredi ejus præstet. *l.* 57. MARCELL. LIB. 7. DIGEST.

LIII. Si ususfructus in dotem datus sit, videamus utrum fructus reddendi sunt necne? Et Celsus libro 10 Digestorum ait, Interesse quid acti sit; et, nisi appareat aliud actum, putare se jus ipsum in dote esse (2), non etiam fructus qui percipiuntur (3). *l.* 7. § 1. *ff. de Jure dot.* ULP. LIB. 31. AD SABIN.

ARTICULUS III.

Quid veniat restituendum, Soluto Matrimonio, quum vir socerve species æstimatas accepit.

LIV. *Quum vir socerve species æstimatas in dotem accepit; solum pretium quo æstimatæ sunt, in actione* De Dote *restituendum venit, necnon usuræ ex mora.*

Hinc Alexander : Quotiens res æstimatæ in dotem dantur: maritus dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur. Si itaque non convenit ut, Soluto Matrimonio, restituerentur, et jure æstimatæ sunt; retinebit eas, si pecuniam tibi offerat. *l.* 5. *Cod. de. Jur. dot.*

Lucrum igitur et periculum circa eas res maritum spectat.

Hinc Diocletianus et Maximianus : Cum dotem te æstimatam accepisse profitearis; apparet, Jure communi, per pactum quod doti insertum est, formato contractu, Ex empto actionem esse. Quis enim dubitet æstimationem a te mulieri deberi; cum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur? *l.* 10. *Cod. d. tit.*

Et hoc obtinet, etiamsi ipsius mulieris usu deteriores res fierent. Nam Æstimatæ res, usu etiam mulieris, periculo mariti deteriores efficiuntur. *l.* 51. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOMARUM.

Hinc Papinianus : In dotem rebus æstimatis, et traditis; quamvis eas mulier in usu habet, viri dominium factum videretur. *l.* 69. § 8. *ff. de Jur. dot.* LIB. 4. RESPONS.

Igitur Plerumque interest viri, res non esse æstimatas; idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat: maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem qua mulier utitur. Evenit enim si æstimata sint, et ea mulier attrivit, ut nihilominus maritus æstimationem eorum præstet. Quoties igitur non æstimatæ res in dotem dantur; et meliores et deteriores mulieri fiunt. *l.* 10. *ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 34. AD SABIN.

LV. *Diximus virum qui rem æstimatam in dotem accepit, pretium quo æstimata est, Soluto Matrimonio, Dotis judicio restituere teneri. Hoc ita, nisi ipsi evicta sit ex causa existente tempore contractus: eo enim casu exceptione se tuebitur, etiamsi non ipsa mulier quæ* De Dote *agit rem doti dedisset.*

Ita in specie sequenti : Fundus æstimatus in dotem datus, a creditore antecedente ex causa pignoris ablatus est. Quæsitum est an mulier, si æstimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit? ait enim se propterea non teneri, quod pater ejus dotem pro se dedit; cui heres non extiterit. Paulus respondit, Prædio evicto sine dolo et culpa viri, pretium petenti mulieri Doli mali exceptionem obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est: cum dolus patris ipsi nocere (4) debeat. *l.* 49. § 1. PAUL. LIB. 7. RESPONS.

LVI. *Circa casum autem quo res æstimata in dotem data evicta fuit, valde observandum quod docet Ulpianus* : Quotiens res æstimata in dotem datur; evicta ea, virum Ex empto contra uxorem agere; et quidquid eo nomine fuerit consecutus, Dotis actione, Soluto Matrimonio, ei præstare oportet. Quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. Quæ sententia habet æquitatem: quia non simplex venditio sit, sed dotis causa (5); nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris. Sufficit enim maritum indemnem præstari, non etiam lucrum sentire. *l.* 16. *ff. de Jur. dot.* LIB. 34. AD SABIN.

Obiter notandum, quod Non solum si æstimatus fundus, sed etiam si non æstimatus in dotem datus est; et alias, quum necesse non habeat mulier duplum promittere, promisit: quia ipse fundus est in dote, quodcumque propter eum consecutus fuerit a muliere maritus, quandoque restituet mulieri De Dote agenti. *l.* 52. *ff. de Jur. dot.* MARCIAN. LIB. 3. REGUL.

LVII. *Cum hæc venditio dotis causa fiat; hinc etiam est quod* Si in dote danda circumventus sit alteruter (6), etiam majori annis viginti quinque

(1) Quia dominus non vult redimere usumfructum nec se huic negotio interponere.

(2) Et proinde solum restitui debere.

(3) Nec dicas fructus qui ex fundo percipiuntur, esse fructus ipsius fundi, non vero fructus juris ususfructus quod in dotem datum est. Nam sunt vice fructuum qui ex hoc ususfructus jure nascuntur.

(4) Dolus patris ei nocet, quia facit eam indotatam. Sed et ipsa mulier fecit, quum petit e viro pretium fundi quem habere si non licuit; quippe bona fides non patitur ut vir pretio et re careat.

(5) Sensus est: Etsi, quum res æstimatæ in dotem deolur, vere ac proprie dicta emptio contrahetur; tamen, quia ob causam dotis contrahatur, hæc emptio-venditio non est simplex venditio, et quædam in ea singulari Jure observantur. Cujac. Observ. XVII. 1.

(6) Quamvis in cæteris venditionibus soli emptori circa pretium decepto, et quidem ob eam solem læsionem quæ dimidiam justi pretii excedit, subveniatur: ut vid. supra lib. 18. Tit. *de Rescind. vendit.* N. 16 et 17.

succurrendum est : QUIA BONO ET AEQUO NON CONVENIAT, AUT LUCRARI ALIQUEM CUM DAMNO ALTERIUS, AUT DAMNUM SENTIRE PER ALTERIUS LUCRUM. *l.* 6. § 2. *d. tit.* POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

Pariter Ulpianus : Si mulier se dicat circumventam minoris rem æstimasse, ut puta servum : siquidem circum in hoc venta est quod servum dedit, non tantum in hoc quod minoris æstimavit; in eo acturam ut servus sibi restituatur. Enimvero si in æstimationis modo circumventa est; erit arbitrium mariti utrum justam æstimationem, an potius servum præstet. Et hæc, si servus vivit. Quod si decessit; Marcellus ait, magis æstimationem præstandam : sed non justam, sed eam quæ facta est; quia boni consulere (1) mulier debet, quod fuit æstimatus : cæterum (2) si simpliciter dedisset; procul dubio periculo ejus moreretur, non mariti. Idemque et in minore circumventa Marcellus probat. Plane si emptorem habuit mulier justi pretii; tunc dicendum justam æstimationem præstandam : idque duntaxat uxori minori annis præstandum, Marcellus scribit. Scævola autem in marito notat, Si dolus ejus adfuit, justam æstimationem præstandam (3). Et puto verius quod Scævola ait. *l.* 12. § 1. *ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 34. AD SABIN.

LVIII. *Quæcumque hactenus diximus circa id quod in hoc judicium venit quum res æstimata in dotem data est; tunc demum obtinent quum res eo animo æstimata est ut vir, Soluto Matrimonio, non rem sed pretium deberet.*

Aliud est, si æstimatio in hoc tantum facta sit ut constet de pretio rei; et quantum hujus rei nomine restituendum sit; si culpa viri interierit aut deterior facta sit.

De tali specie rescribunt Diocletianus et Maximianus. Si inter virum et uxorem pactum sit interpositum; ut, si matrimonium intra quinquennii forte tempora quoquo modo esset dissolutum, species æstimatæ doti datæ pretiis quibus æstimatæ sunt redderentur; manifestum est non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui, cum in placitis specierum reddendarum, idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne, si species aliqua diminuta fuisset aut perdita (4) alio pretio quam quo taxata fuerat, reposceretur. *l.* 21. *Cod. de Jur. dot.*

Hoc igitur casu quo res quæ æstimatæ sunt in specie reddendas convenit, eadem, hoc judicio, restituenda venient quæ restituenda venire diximus Articulo præcedenti, quum res inæstimatæ in dotem datæ sunt.

LIX. *Idem obtinet, etiamsi ab initio æstimatio venditionis animo facta sit; si postea convenit ut res in specie redderentur.*

Hinc Scævola : Æstimatis rebus in dotem datis, pactum intercessit, ut ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsæ res restituerentur; habita ratione augmenti et diminutionis viri boni arbitratu : quæ vero non extarent, ab initio æstimatio earum. Quæsitum est, quum res quædam quas maritus vendiderat, extarent; an secundum pactum, et hæc ad mulierem pertinerent? Respondi, Res quæ extant, si neque volente neque ratum habente muliere væniissent, perinde reddendas atque si nulla æstimatio intervenisset. *l.* 50. LIB. 2. RESPONS.

Causa igitur ex his rebus nata eo casu restituenda est, perinde atque si inæstimatæ in dotem datæ essent.

Hinc Severus et Antoninus : Dubium non est, post æstimationem dotis pactione vel stipulatione interposita, ut, si ipsæ res, dissoluto matrimonio, extarent, uxori reddantur; et ancillas cum partu Ex stipulatu judicio restitui oportere. *l.* 1. *Cod. h. t.*

Hoc tamen accipe de ea causa quæ post conventionem nata est. De ea enim quæ ante nata est, ita definit Javolenus ex Labeone. Mancipia in dotem æstimata accepisti. Pactum conventum deinde factum est, ut, divortio facto, tantidem æstimata redderes; nec de partu dotalium ancillarum mentio facta est. Manebit, inquit Labeo, partus tuus; quia is pro periculo (5) mancipiorum penes te esse deberet. *l.* 66. § 3. JAVOLEN. LIB. 6. EX POSTERIORIB. LABEONIS.

Similiter Pomponius : Si mancipia in dotem æstimata accepisti, et pactum conventum factum est ut tantidem æstimata, divortio facto, redderes; manere partum eorum apud te Labeo ait, quia et mancipia tuo periculo fuerint. *l.* 18. *ff. de Jur. dot.* POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

LX. *Hactenus de casu quo simpliciter convenit ut res, quamvis æstimatæ, in specie redderentur. Quod* Si res in dotem datæ fuerint, quamvis æstimatæ, verum convenerit ut aut æstimatio aut res præstentur; si quidem fuerit adjectum utrum mulier velit, ipsa eliget utrum malit petere rem an æstimationem. Verum si ita fuerit adjectum, utrum maritus velit; ipsius erit electio : aut, si nihil de electione adjiciatur, electionem habebit maritus utrum malit res offerre an pretium earum. Nam et quum illa aut illa res promittitur, Rei electio est utram præstet. Sed si res non extet, æstimationem omnimodo maritus præstabit (6). *l.* 10. § *fin. ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 34. AD SABIN.

Sane et deteriorem factam reddere poterit. *l.* 11. *d. tit.* PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

ARTICULUS V.

Quando vir socerve Dotem accepisse videantur.

LXI. *Vidimus præcedentibus Articulis quid judicio* Dotis *restituendum veniret quum vir socerve res in dotem accepit. Sciendum autem quando eas accepisse videatur.*

Accepisse videtur, non solum si ipsi, sed et si ejus jussu alteri datæ sunt. Igitur Etiamsi alii, jussu

(1) *Se savoir bon gré.*
(2) Id est, alioquin.
(3) Tam majori quam minori.
(4) Culpa mariti, vel post moram.

(5) Quod te spectavit ante conventionem.
(6) In alternativis obligationibus, si una res non extat, altera debetur. Vid. infra lib. 46. Tit. *de Solutionib.*

mariti, dos detur; nihilominus maritus De Dote obligatur. *l.* 19. *ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 34. AD SABIN.

Hinc Si mulier ita dotem promiserit; DECEM TIBI AUT TITIO DOTI ERUNT; hoc casu dici potest vel Titio dari posse : sed De Dote virum teneri, quemadmodum si Titio jussisset dari. Nec mirum; cum etiam promissura viro dotem, possit delegante eo alteri promittere : etsi dici solet, alii quam marito dotis nomine mulierem non posse obligari. His enim casibus viro dos quæritur. Non enim existimabimus illam ita promisisse, quum vel de Titii nuptiis cogitaret (1). *l.* 59. *ff. de Jur. dot.* MARCELL. LIB. 7. DIGEST.

LXII. *Vir socerve res accepisse etiam videtur, quamvis civilis duntaxat solutio earum intervenerit; puta, si debitori res acceptas tulerit, etsi debitor ille non fuerit solvendo.*

Hinc Julianus : Vir ab eo qui uxori ejus dotem facere volebat, certam pecuniam eo nomine stipulatus est : deinde acceptam eam fecit. Quærebatur, essetne ea pecunia in dotem? Respondit : Si acceptam non fecisset, et promissor solvendo esse desisset; quæremus, an culpa mariti ea pecunia exacta non esset : cum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit. Perinde enim est ac si acceperit pecuniam, et eamdem promissori donaverit. *l.* 49. *ff. de Jur. dot.* JULIAN. LIB. 5. EX MINICIO.

Consonat quod, Si vir socero suo injussu uxoris, manente matrimonio, dotem acceptam fecisset; etiamsi id propter egestatem soceri factum esset, viri tamen periculum futurum ait Labeo : et hoc verum est. *l.* 66. § 6. JAVOL. LIB. 6. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

Simili ratione : Dotem à patre vel a quovis alio promissam, si vir novandi causa stipuletur; cœpit viri esse periculum (2), quum ante mulieris fuisset. *l.* 35. *ff. de Jure dot.* ULP. LIB. 47. AD SABIN.

LXIII. *Idem erit, et si quomodocumque maritus nomen debitoris secutus est.*

Hinc Paulus : Quum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est. Sed si maritus nomen secutus usuras exegerit; periculum ejus futurum respondetur. *l.* 71. *ff. de Jur. dot.* PAUL. LIB. 13. QUÆST.

Et quidem vel ex eo solo videtur hujus nomen sequi, quod sciens eum non esse solvendo patiatur promittere dotem. Hinc idem Paulus : Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur; et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit : magis, periculum ad mulierem pertinere placet. Nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore quo exigere non poterit. Quod si jam tunc debitor quum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit; periculum viri esse : quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit. *l.* 41. § 3. *ff. de Jur. dot.* PAUL. LIB. 35. AD ED.

Hoc ita, si ante matrimonium vir nomen suscepit. Quod si jam, constante matrimonio, Cum vir uxori donare vellet, debitor mulieris qui solvendo non erat dotem ei promisit : ad id duntaxat ad quod solvendo fuit, viri periculo ea res est. Et, si quid debitori ad solvendum facultatis accesserit; periculum ad eam summam quæ accesserit, crescet : permanebitque etiamsi rursus pauperior factus erit; quia neque quum dos promitteretur, donatio facta est nisi ejus pecuniæ quæ a debitore servari non poterat; neque, quum solvendo is esse cœpit, donationis causa permaneat; cum eo loco res sit quo esset si tum quoque, quum promitteretur dos, locuples fuisset. *l.* 53. *ff. de Jur. dot.* NERATIUS LIB. 3. MEMBRAN.

LXIV. *Videtur etiam vir socerve accepisse res quæ ipsi dotis causa promissæ sunt, si heres extiterit promissori; quamvis hereditas non esset solvendo.*

Hinc Africanus : Quæ dotis nomine certam pecuniam promiserat; quosdam adhibuerat qui stipularentur partem dotis, distracto Matrimonio, sibi solvi. Ea, nullo data dote obierat, eodem marito suo herede relicto. Is damnosam hereditatem ejus adierat. Nihilominus stipulatoribus tenebitur : quoniam adeundo hereditatem debitricis, intelligeretur secum pensasse. Nec ad rem pertinere quod solvendo non esset hereditas; quando cæteris etiam creditoribus teneatur. *l.* 33. LIB. 7. QUÆST.

LXV. *Observandum superest, nihil referre quando vir socerve res dotales acceperint; constante an jam Soluto Matrimonio. Igitur* Si pater ignorans filiam divortisse, dotem ex causa promissionis numeravit, non per Indebiti Condictionem, sed De Dote actione pecunia petetur. *l.* 41. PAPIN. LIB. 37. QUÆST.

SECTIONIS II

CAPUT SECUNDUM.

Quid, Soluto Matrimonio, veniat in judicio Dotis, quum vir confessus est se accepisse dotis causa quod non accepit; aut quum viro socerove quid promissum necdum solutum est; aut quum vir aliqua obligatione fuit liberatus.

ARTICULUS I.

De casu quo vir confessus est accepisse se Dotis causa quod non accepit.

LXVI. *Quum vir per errorem plus promisit quam*

(1) Sponsa mea, quum mihi vel Titio dare promitit, mihi duntaxat non Titio dotem constituit. De meis duntaxat nuptiis cogitat, non de ullis nuptiis cum Titio. Est igitur Titius mihi adjectus duntaxat solutionis gratia; cui quum solvitur, perinde est ac si mihi solveretur. Mihi ergo qui solvi ei jussi, solutum videtur; proindeque teneor Rei uxoriæ actione, perinde ac si ipse accepissem.

(2) Accepisse enim eam videtur; cum novatio sit civilis solutionis species.

accepit, aut spe futuræ numerationis instrumento confessus est se accepisse; non tenetur in plus quam quod revera accepit: ut in specie sequenti.

Mulier quæ centum dotis apud virum habebat, divortio facto, ducenta a viro errante stipulata erat. Labeo putat, quanta dos fuisset, tantum deberi; sive prudens mulier plus esset stipulata, sive imprudens. Labeonis sententiam probo. *l.* 66. § 4. JAVOLEN. LIB. 6. EX POSTERIOR. LABEONIS.

Hinc Severus et Antoninus: Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti, facit. Et ideo non ignoras ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te reipsa datam probatura es. *l.* 1. *Cod. de Dote cauta, non numer.*

Exceptio igitur Non numeratæ pecuniæ *poterit objici mulieri intra annum a die Soluti Matrimonii.*

Ex Novella autem C. si matrimonium ultra biennium duraverit, hæc exceptio non potest opponi nisi intra tres menses a die Soluti Matrimonii; et nullatenus, si decennia duravit.

Maritus qui dotem non accepit, non solum se exceptione tueri poterit quum ab eo petitur: quinetiam, si Maritus dotem quam non accepit, post divortium per errorem solvit, repetet, quia non numeratam caverat: exigi enim ab eo non potuit. *l.* 52. TRYPHONIN. LIB. 7. DISPUT.

LXVII. *Et hæc quidem de casu quo vir per errorem aut spe futuræ numerationis confessus est. Quod si donandi causa; veniet judicio* Dotis *restituendum, quasi revera accepisset: si tamen donatio valeret.*

Hinc Alexander: Quod de suo maritus, constante matrimonio, donandi animo in dotem ascripsit (1), si eamdem donationem legitime confectam non revocavit qui incrementum doti dedit, et, durante matrimonio, mortem obiit (2); ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest. *l.* 2. *Cod. de Dote caut. non num.*

ARTICULUS II.

De casu quo quid viro socerove promissum est necdum solutum.

LXVIII. *Quum quid viro promissum est, nec solutum fuit; si quidem ipsa mulier aliusve qui* Dotis *judicio agit, ipse promiserat aut est promissoris heres; non aliud veniet in hoc judicio quam ut actor ab hac obligatione liberetur: nec refert culpa viri necne, non fuerit solutum.*

Hinc Julianus: Quoties culpa viri accidit ne dos a socero, aut a quolibet alio qui mulieris nomine promiserat, exigeretur; si aut in matrimonio filia decesserit (3); aut materfamilias facta, eum qui dotem repromiserat heredem instituerit (4): satis constat nihil amplius virum præstare debere, quam ut eos obligatione liberet. *l.* 30. § 1. JULIAN. LIB. 16. DIGEST.

Similiter: Si debitor mulieris dotem promiserit, et mulierem heredem reliquerit; Labeo perinde habendum ait, ac si mulier ipsa dotem promisisset. Cujus sententiam Julianus quoque probat. Nec enim æquum esse ait, ut ei damnetur ejus pecuniæ nomine quam ipsa debeat; et satis esse acceptilatione eam liberari. *l.* 41. § 4. *ff. de Jur. dot.* PAUL. LIB. 35. AD ED.

Quod tamen dicimus, nullam culpam viro imputari quum is cui dos restituenda est debitori dotis heres extitit, sic accipe; pro ea parte pro qua extitit heres.

Nam Si quis pro muliere dotem viro promisit; deinde herede muliere relicta, decesserit: qua ex parte (5) mulier ei heres esset, pro ea parte dotis periculum quod viri fuisset, ad mulierem pertinere; quia nec melius æquius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. Et hoc verum puto. *l.* 66. § 7. JAVOLEN. LIB. 6. EX POSTERIOR. LABEON.

LXIX. *Quod si is qui promisit quid dotis causa, nec solvit, judicio* Dotis *aliud petere non potest quam ut ab hac obligatione liberetur; a fortiori is qui post promissionem stipulatus est ne a se peteretur, non potest petere id quod posteriore pacto comprehensum est.*

Hoc est quod ait Julianus: Si pater quum ducenta filiæ suæ nomine dotis promisisset, pactus fuerit ne amplius quam centum a se peterentur; et Soluto Matrimonio egerit: centum de quibus convenit ne peterentur, nec intelliguntur dotis esse. *l.* 31. § 1. JULIAN. LIB. 18. DIGEST.

Contra obiter nota, Pacto illo ne a se petatur, personam paciscentis solam comprehendi; ideoque maritum: si cum alio agat, etiam cum herede ejus qui pactus est, posse integram summam in priori promissione comprehensam dotis nomine petere. Hinc statim subjicit idem Julianus: Quod si mortuo patre, cum herede ejus maritus agere cœperit; ista quoque pecunia (6) in dote erit. *d.* § 1.

LXX. *Ex dictis liquet virum judicio* Dotis *uxori non teneri, ejus rei nomine quam ipsa mulier, aut is cui mulier heres extitit, ei dotis causa promisit nec solvit.*

Hoc indistincte verum est, sive quantitas promissa est sive species inæstimata. Circa speciem autem æstimatam aliqua distinctio adhibenda est.

Enimvero Si rem æstimatam mulier in dotem dederit; deinde ea moram faciente in traditione, in

(1) Hæc donatio traditione brevis manus consummata videtur. Nam vir intelligitur hoc dedisse uxori, et uxor retro in dotem viro.

(2) Et sic donatio confirmata est ex Oratione Antonini; ut vid. supra Tit. *de Donat. int. vir. et ux.* Part. 3.

(3) Quo casu patri qui eam promisit, *Dotis* actio competit.

(4) Finge mulierem stipulatam fuisse *Dotem sibi reddi.*

(5) Duntaxat.

(6) Ducenta in promissione dotis comprehensa.

rerum natura esse desierit actionem eam habere non puto (1). *l.* 14. *ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 34. AD ED.

Quod si per eam non stetisset; perinde pretium aufert ac si tradidisset : quia quod evenit, emptoris periculo (2) est. *l.* 15. *d. tit.* POMPON. LIB. 14. AD SABIN.

LXXI. *Hactenus de casu quo id quod dotis causa promissum est, necdum solutum, ab ipso actore deberetur. Quod si ab alio debeatur; id tantum venit in hoc judicio ut vir suas mandet actiones, nisi culpa viri contigerit eas inanes esse factas.*

Hinc Si extraneus sit qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus; imputabitur marito cur eum non convenerit : maxime si ex necessitate (3), non ex voluntate, dotem promiserat. Nam si donavit; utcumque parcendum marito qui eum non præcipitavit ad solutionem qui donaverat (4), quemque (5) in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat (6). Hoc enim D. Pius rescripsit : EOS QUI EX LIBERALITATE CONVENIUNTUR, IN ID QUOD FACERE POSSUNT, CONDEMNANDOS. Sed si vel pater vel ipsa promiserunt; Julianus quidem libro 16 Digestorum scribit, Etiamsi pater promisit, periculum respicere ad maritum : quod ferendum non est. Debebit igitur mulieris esse periculum. Nec enim quisquam judex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem qui de suo dotem promisit non urserit ad exsolutionem : multo minus, cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse. Quod alius, scilicet donaturus; ejus periculo ait, cui acquiritur : acquiri autem mulieri accipimus, ad quam rei commodum respicit. *l.* 33. *ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 6. AD SABIN.

Consonat quod ait Paulus. Mævia marito suo inter alias res dotis, etiam instrumentum solidorum decem tradidit; quo Otacilius eidem Mæviæ caverat, daturum se quum nuptum ire cœpisset, decem millia. Ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Quæsitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit etiam illam summam quæ instrumento continetur, refundere? Respondi, Potuisse quidem eum cui actiones mandatæ sunt, debitorem convenire : sed si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuit, neque Dotis nomine eum conveniri posse, neque Mandati judicio. *l.* 49. PAUL. LIB. 7. RESPONS.

LXXII. *Vidimus eo casu quo tertia persona quantitatem promisit, non in aliud teneri virum quam ut suas mandet actiones; nisi culpa ejus factæ sint inanes.*

Pari ratione; specie promissa, si hujus speciei interitu actiones quas adversus eam personam habebat interierint, prorsus liberatur : nisi culpa ejus argui possit, quod non exegerit rem quæ apud ipsum non æque fuisset peritura. Hoc docet Paulus. Ita ille : Si is qui Stichum mulieri debet, in dotem delegatus sit; et antequam solveret debitor, Stichus decessit, quum neque per debitorem stetisset (7) quominus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset; periculo mulieris Stichus morietur. Quanquam, etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit, actione Dotis maritus non teneatur. *l.* 56. *ff. de Jur. dot.* PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

ARTICULUS III.

De casu quo vir aliqua obligatione qua tenebatur, liberatus est Dotis causa.

LXXIII. *Hoc casu, judicio Dotis restituendum venit quod ea obligatione continebatur, quasi vir illud accepisset. Nec refert ipso Jure an per exceptionem liberatus fuerit.*

Multo magis quum per acceptilationem vir liberatus est dotis causa, videndus est accepisse id quod debebat, et judicio DOTIS *id ab eo peti potest.*

Secundum quæ : constituta dote per acceptilationem, et secutis nuptiis, is effectus erit dotis exactioni; ut, si quidem pura sit obligatio quæ acceptolata est, non ipsa jam restituenda sit; sed solvenda dos secundum sua tempora (8).

Sin vero obligatio in diem fuit, nec ante solutum matrimonium dies obligationis præteriit; restauranda est in diem pristinum obligatio : et, si debitum cum satisdatione fuerit, satisdatio renovanda est. Similique modo et si conditionalis fuerit obligatio quæ in dotem conversa est, et pendente obligatione divortium fuerit secutum; verius, obligationem sub eadem conditione restitui debere. Sed si conditio extiterit constante matrimonio (9), ex die divortii tempora exactionis numerantur. *l.* 43. § 1. ¶ *secundum quæ. ff. de Jure dot.* ULP. LIB. 3. DISPUT.

Cuinam autem his casibus exactio competat, ita docet ibidem Ulpianus : Plane secutis nuptiis mulier, soluto matrimonio, dotis exactionem habebit.

(1) Repelletur enim exceptione quod ipsa sit obligata hujus rei nomine; cum mora obligationem rei quamvis extinctæ perpetuaverit.

(2) Quum certa res certo pretio æstimata, viro in dotem promittitur; vir contrahere videtur emptionem hujus rei. Fit igitur res ejus periculo statim atque convenit; adeoque, quamvis ante traditionem seu solutionem extincta sit, vir nihilominus debitor est pretii.

(3) Cum debitor esset mulieris.

(4) Mulieri. Non debet succensere mulier quod benefactor suus non fuerit præcipitatus ad solutionem.

(5) *Quemque* mulier, *si ipsa eum convenisset.* Cujac. Observ. XII. 18.

(6) Id est, condemnare fecisset.

(7) Nam si per eum stetisset duraret actio adversus eum.

(8) Idem dicendum, et si obligatio quæ ab initio pura non fuit, constante Matrimonio, purificata est.

(9) Supple : non restaurabitur obligatio; sed exigetur judicio DOTIS id quod debebatur, quasi vir illud acceperit; et *ex die divortii*, etc.

Nisi forte sic accepto tulit extraneus; ut ipse, quoquomodo solutum fuerit matrimonium, Condictionem habeat: tunc enim non habebit mulier actionem. *d.* § 1. ¶ *plane*.

Hinc Ulpianus: Si cum marito debitore mulier pacta sit, ut id quod debeat, in dotem habeat; Dotis actione scilicet eam agere posse existimo. Licet enim ipso Jure priore debito liberatus non sit, sed tamen exceptionem habere potest (1). *l.* 12. § 2. *ff. de Jur. dot.* ULP. LIB. 34. AD SABIN.

SECTIO III.

Quæ retentiones in judicio De Dote *veniant, et quatenus vir judicio* Dotis *teneatur.*

ARTICULUS I.

De retentionibus quas vir in reddenda dote facere potest.

LXXIV. *Ex quinque causis retentiones olim fiebant. Nimirum* Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas. ULP. FRAGM. *Tit.* 6. § 9.

Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris cujus in potestate est divortium factum sit. Tunc enim singulorum liberorum nomine sextæ retinentur ex dote. Non plures tamen quam tres sextæ in retentione sunt, non in petitione (2). *d. tit.* § 10.

De restitutione Ob mores *diximus Titulo* de Divortiis; *de cæteris causis infra propriis Titulis agitur.*

Nec solum viro competebant hæ retentiones: sed etiam Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes tamen quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt; ut hoc minus sit obligatus: veluti ob res donatas, et amotas, et impensas. Morum vero coercitionem (3) non habet. *l.* 15. § 1. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Observandum quod Ob donationes, item ob res amotas, ex his fructibus qui post divortium percepti sunt (4) compensationes fieri possunt. *l.* 7. § 5. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Has omnes retentiones Justinianus penitus sustulit. l. un. § 5. Cod. de Rei uxor. act.

ARTICULUS II.

Quatenus vir socerve judicio Dotis teneatur.

LXXV. Maritum in id quod facere potest condemnari, exploratum est. *l.* 12. ULP. LIB. 36. AD SABIN.

Socero quoque cum quo nurus De Dote agit, idem honor habetur ut in id damnetur quod facere potest (*l.* 15. § *fin.* PAUL. LIB. 7. AD SABIN.): Quia parentis locum socer obtinet. *l.* 16. POMPON. LIB. 16. AD SABIN.

LXXVI. Rei judicatæ tempus spectatur, quatenus maritus facere potest. *l.* 15. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Jam vero quid computatur in ejus facultatibus, ut facere posse videatur? FACERE POSSE maritus etiam id videtur quod a muliere consequi (5) potest; scilicet si jam ei aliquid absit, quod pro muliere aliquid expendit vel mandato ejus præstitit. Cæterum si nondum ei abest; ut puta, sub conditione est obligatus; nondum videtur facere (6) posse. *l.* 28. ULP. LIB. 1. INSTIT.

Computatur etiam quod dolo desiit facere posse.

Cæterum Licet in dotalibus rebus non solum dolum sed et culpam maritus præstet: quum tamen quæritur in judicio De Dote an facere possit dolus duntaxat comprehenditur; quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda: quanquam eum duntaxat dolum ei nocere potem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit ne ei solidum solveret; non propter quemlibet alium. Ofilius autem aiebat: Si dolo mariti res dotalis interisset, et alioquin solvendo non esset; quamvis nihil dolo fecisset quominus solvendo esset, perinde tamen eum damnandum ejus rei dotalis nomine in qua dolum fecisset, atque si dolo ejus factum esset quominus facere possit. Cæterum si circa interitum rei dotalis dolus malus et culpa mariti absit; actiones solas quas eo nomine quasi maritus habet præstandas mulieris: veluti, Furti, vel Damni injuriæ. *l.* 18. § 1. POMPON. LIB. 16. AD SABIN.

Hoc beneficium quod marito conceditur, non tam late porrigitur quam illud quod donatori. Nam Maritus facere posse creditur nullo deducto ære alieno: item socius, item patronus; parensve. At is qui ex donatione convenietur, omni ære alieno deducto facere posse intelligitur. *l.* 54. PAUL. LIB. SINGULARI DE JURE SINGULARI.

Illud observandum est quod, Si maritus in id quod facere potest condemnatus sit; et nomina (7) sint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit; [neque] mandare (8) actiones debebit. *l.* 34. SCÆVOLA LIB. 2. QUÆST.

LXXVII. *Vidimus in quo hoc beneficium consis-*

(1) Hanc exceptionem quam pactum *De non petendo* parit vir consecutus est ex causa dotis. Perinde est effectu, ac si id quod debebat, accepisset; adeoque tenetur illud judicio *Dotis* restituere.

(2) Ex cæteris autem causis V. G. ob res motas, ob impensas, etiam actio datur.

(3) Vid. supra Tit. *de Divortiis. N.* 11.

(4) Hos enim vir restituere debet.

(5) In bonis enim ejus est, id cujus nomina habet sibi mulierem obligatam.

(6) Nondum enim habet eo nomine mulierem sibi obligatam.

(7) Id est, *et* in his bonis quæ efficiunt id quantum facere potest, *nomina sint usque ad dotis quantitatem.*

(8) Hæc est lectio Vulgatæ, quam sequitur Haloander expuncto verbo *neque* Florentina autem lectio, videtur omni sensu destitui; *neque amplius neque habebit mandare actiones.* Avelius legit, *æque habebit mandare actiones.*

tat; has autem ampliationes recipit: 1.° *Quod pacto contrario tolli non potest.*

Quocirca Eleganter quærit Pomponius libro 15 ex Sabino; Si paciscatur maritus ne in id quod facere possit condemnetur sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere: quod quidem et mihi videtur verum. Namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere: quippe cum contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est, id esse apparet. *l.* 14. § 1. Ulp. lib. 37. ad Sabin.

2.° *Hujus beneficii illa etiam ampliatio est, quod nec per rem judicatam tollitur. Igitur* Si in judicio Dotis, judex ignorantia Juris lapsus condemnaverit maritum in solidum: Neratius, Sabinus, Doli exceptione cum uti oportere aiunt; eaque tutum fore. *l.* 17. § 2. Paul. lib. 7. ad Sabin.

3.° *Ampliatio est, ut non solum adversus suam uxorem vir hoc beneficio gaudeat; sed et* Si post divortium, mortua muliere, heres ejus cum viro parenteve ejus agat; eadem videntur de restituenda dote intervenire, quæ ipsa muliere agente observari solent. *l.* 27. Gaius lib. 11. ad Edict. provinc.

Ergo et Si maritus minus facere potest, et dos publicata sit; in id quod facere potest, fisco maritus condemnandus est: ne in perniciem mariti mulier punita sit. *l.* 36. Paul. lib. 2. de Adulteriis.

LXXVIII. *Quasdam etiam limitationes patitur beneficium de quo agimus; nimirum ut tandiu demum virum tueatur quandiu facere non posse pergit, et ut ad heredem viri non transeat.*

Hinc Diocletianus et Maximianus: Nec maritus, licet post divortium in quantum facere possit condemnandus est, postea idoneus factus, qui non reddiderat integrum, residui probabiliter solutionem recusat. At cum ejus heredes in solidum conveniendos non ambigatur; ne cum his solvendo factis experiri non possis, supertitiosam geris sollicitudinem. *l.* 8. *Cod. h. tit.*

Similiter Ulpianus: Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est. Sed hoc heredi non esse præstandum. *l.* 12. Ulpian. lib. 36. ad Sabin.

Quia tale beneficium personale est, et cum persona extinguitur. *l.* 13. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Tamen Etiam filios mulieris qui patri heredes extiterunt, in id quod facere possunt condemnandos Labeo ait. *l.* 18. Pompon. lib. 16. ad Sabin.

Igitur extranei quidem Heredes mariti hoc beneficio non gaudent. Verum Alia causa est defensoris (1) quem placet sufficienter videri defendisse, si tantum uxori præstet quantum consequeretur si ipsum maritum convenisset. *l.* 14. Ulp. lib. 37. ad Sabin.

SECTIO IV.

Quod sit privilegium actionum De Dote.

LXXIX. *Mulier pro dotis suæ restitutione privilegium habet, quo cæteris creditoribus privatis præfertur: quia* Dotium causa semper et ubique præcipua est. Nam et publice interest dotes mulieribus conservari; cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium. *l.* 1. Pompon. lib. 15. ad Sabinum.

Ubi autem mulier cum Republica concurrit, prælatio sumitur ex tempore; ut Decius rescribit. Dotis tuæ potiorem causam magis esse convenit, quam Reipublicæ cui postea idem maritus obnoxius factus est. *l.* 9. *Cod. de Jur. dot.*

De hoc privilegio plura infra Part. 3. *ubi de restitutione dotis impropriè dictæ, quæ idem privilegium habet.*

Præter privilegium hujus actionis, Justinianus dedit mulieri tacitam et privilegiatam hypothecam in rebus viri; qua potior esset omnibus hypothecariis creditoribus, licet tempore prioribus. De hac vid. supra lib. 20. *Tit.* Qui pot. in pign. *N.* 29.

Hæc privilegia denegantur mulieribus hæreticis: Novell. CIX.

SECTIO V.

Quando extinguantur actiones quæ de Dote repetenda competunt.

Actiones quæ ad repetendam dotem dantur, expirant si dos in integrum soluta sit, aut redintegratum matrimonium.

Præterea Rei uxoriæ *actio extinguebatur Jure Pandectarum, vel sola legati agnitione quod mulieri a viro relictum esset, vel morte mulieris ante moram in reddenda dote factam, denique publicatione totius dotis.*

§ 1. *De solutione dotis, et redintegratione matrimonii.*

LXXX. *Maxime extinguitur judicium* Dotis, *restituta in solidum dote.*

Cæterum Si fundum dotalem recepisset mulier, non habita ratione fructuum pro portione anni quo nupta non fuisset, nihilominus De Dote agere potest; quia minorem dotem recepisset. Hoc enim ad dotis augmentum pertinet: quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata vel hereditates quæ post (2) divortium per servos dotales acquisitæ marito fuissent. *l.* 31. § 4. Julian. lib. 18. digest.

Restituta autem dos intelligetur, non solum reali

(1) Ejus Scilicet qui maritum defenderet.

(2) Id est, maxime si post divortium. Idem enim obtinet, etsi constante matrimonio acquisita sint marito; nisi ejus contemplatione relicta doceantur: ut vid. supra.

solutione; sed et si mulier, Soluto Matrimonio, acceptum viro tulerit aut expromissorem acceperit. Tamen si mulier, Soluto Matrimonio, egentem reum dotis, per novationem, decepta accipiat; nihilominus actio Dotis ei manebit. *l.* 22. § 2. ULP. LIB. 33. AD EO.

LXXXI. Si mulier diverterit; et judicio De Dote contestato reversa fuerit in matrimonium; redintegrato matrimonio expirat judicium; et omnia in statu pristino maneut. *l.* 19. ULP. LIB. 36. AD SABIN.

Redintegrato matrimonio non solum REI UXORIÆ *actio extinguitur, sed et actio* EX STIPULATU *quum ipsi mulieri competit.*

Hinc Modestinus: Si mulier post divortium antequam Ex stipulatu De Dote agat, ad eumdem virum fuerit reversa; constantius dicetur, per Doli exceptionem, inefficacem fieri Ex stipulatu actionem usquequo matrimonium durat (1). *l.* 13. *ff. de Jur. dot.* LIB. SINGUL. DE DIFFERENTIA DOTIS.

Inde est quod Usuras dotis in stipulatum cum dote post divortium deductas, ex die secundi matrimonii non esse præstandas placuit: quia nec sortis exactio locum habere cœpit.

Medii autem temporis debebuntur (2). *l.* 69. § 2. *ff. de Jur. dot.* PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

Ita demum autem actio de restituenda dote extinguitur, si mulieri ipsi commissa erat. Nam Ad virum uxore post divortium reversa, judicium acceptum ex stipulatione, quam extraneus qui dotem dederit stipulatus fuerit, non dissolvitur (3); nec officio judicis absolutio contingit. *l.* 42. § 3. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

§ 2. *De agnitione legati, morte mulieris, et dotis publicatione.*

LXXXII. *Cessabat Jure Pandectarum* Rei uxoriæ *actio, si uxor legatum sibi a viro relictum agnovisset: et vice versa extinguebatur legatum, si egisset mulier* Rei uxoriæ *actione; quæ hac in re differebat ab actione* Ex stipulatu. *Hæc enim cum legato concurrebat: ita tamen ut, si manifesta appareret testatorem legasse animo exsolvendæ dotis, mulier legato semel agnito per exceptionem Doli repelleretur ab actione* Ex stipulatu. *l. un. Cod. de Rei uxor. act.*

Ita autem excludenda est mulier, si legatum cum effectu agnoverit. Hinc Paulus: Qui dotem stipulanti uxori promiserat, eidem testamento quædam legavorat; ita tamen ne dotem ab heredibus peteret. Ea quæ legata erant, uxor capere non poterat. Respondi, Dotis actionem mulieri adversus heredes non esse denegandam. *l.* 46. PAUL. LIB. 19. QUÆST.

Jure Justinianeo, Rei uxoriæ *actione in actionem* Ex stipulatu, *transfusa, dos per legatum non consumitur; nisi specialiter pro dote fuerit relictum.* l. un. Cod. de Rei uxor. act.

LXXXIII. *Item olim ante prædictam Constitutionem Justiniani;* Post divortium defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur quam si moram in dote muliere reddenda maritus fecerit. ULP. FRAGM. *Tit.* 6. § 7.

Hodie autem, cum hæc actio transfusa sit in actionem Ex stipulatu, *certe ad heredem transit.*

LXXXIV. *Item Jure antiquo,* Si bona mulieris pro parte sint publicata, superest mulieri reliquæ partis dotis actio. Plus puto. Etsi post litem contestatam publicata sit pro parte dos, sufficit arbitrium judicis ad partis condemnationem faciendam: quod si tota dos publicata sit, expirabit judicium. *l.* 24. § 7. ULP. LIB. 33. AD ED.

Secus hodie sublata Rei uxoriæ *actione, seu potius transfusa in actionem* Ex stipulatu; *quæ, sicut ad heredem mulieris, ita ad fiscum qui per publicationem bonorum mulieris successor ejus factus est transit.*

(1) Hanc enim dotem cujus repetitio ipsi competebat, tacite videtur constituisse secundi matrimonii nomine: ut vid. supra lib. 23. *Tit. de Jur. dot.* N. 26.

(2) Quasi in dotem secundi matrimonii conversæ.

(3) Vid. Tit. *de Jur. dot.* N. 27.

TERTIA PARS.

De restitutione Dotis impropriе dictæ.

LXXXV. *Supra vidimus Tit.* de Jure dot. *dotem absque nuptiis esse non posse. Unde si mulier nupserit ei cum quo nuptiæ esse non possunt, puta servo quem forte liberum putabat, et dotis nomine quædam ei dederit; proprie non est dos. Hæc tamen quæ hoc titulo dederit,* Condictione sine causa *repetet.*

Sic accipe quod rescribit Antoninus: Si ignorans statum Erotis, ut liberum duxisti, et dotem dedisti; isque postea servus est judicatus: dotem ex peculio recipies, et si quid præterea eum tibi debuisse apparuerit. Filii autem tui ut ex libera nati, incerto tamen patre spurii, ingenui intelliguntur. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

In ea actione fructus extantes venire procul dubio est. At vero Fructus ex prædiis quæ in dotem data videbantur, bona fide perceptos et mulieris oneribus ante causam liberalem assumptos, quamvis servum fuisse postea constiterit, peti non posse placuit.

Sumptus vero necessarios et utiles in prædia quæ dotalia videbantur factos; compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit. *l.* 42. § 1. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

Quod si plus sit in impensa quam in fructibus ; hoc casu ait Paulus : Et si quid in eam dotem impensum est, nec a muliere reddetur : per Doli mali exceptionem servabitur. *l.* 23. PAUL. LIB. 36. AD EDICT.

LXXXVI. *Hæc actio idem habet privilegium, quod habet judicium* Dotis.

Hinc Ulpianus : Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, quum servus esset; concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri : videlicet ut si sint et alii creditores, hæc præferatur circa De peculio actionem ; et, si forte domino aliquid debeat servus, non præferatur mulier nisi in his tantum rebus quæ vel in dote datæ sunt vel ex dote comparatæ, quasi et hæ dotales sint. *l.* 22. § 13. ULPIAN. LIB. 33. AD EDICT.

Nam Res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur (1). *l.* 54. *ff. de Jur. dot.* GAIUS AD ED. PRÆTORIS URBANI TIT. DE PRÆDIATORIBUS.

Similiter Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis ut uxor habeatur : exemplo dotis, Condictioni (favoris ratione) privilegium quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit. *l.* 74. *ff. de Jur. dot.* HERMOGENIAN. LIB. 5. JURIS EPITOMAR.

Item Ulpianus : Si sponsa dedit dotem, et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen æquum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Idem puto dicendum etiam, si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit; licet nondum uxor sit. *l.* 2. *§ fin. ff. de Privil. credit* [a]. ULP. LIB. 63. AD ED.

Interest enim Reipublicæ, et hanc solidum consequi; ut ætate permittente nubere possit. *l.* 3. *d. tit.* [b]. PAUL. LIB. 60. AD ED.

Dabimusque ex his causis ipsi (2) mulieri privilegium. *l.* 4. *d. tit.* [c]. ULP. LIB. 63. AD ED.

LXXXVII. *Quum vir deceptus est dolo ejus qui hanc dotem improprie dictam dedit*; Condictio sine causa *quæ adversus virum competit, excluditur per exceptionem* Doli ; *quatenus vir, si vera dos et justæ nuptiæ fuissent, eam lucraturus fuisset.*

Hinc quum quis virginem nondum viri potentem nuptui tradidit, et pro ea dotem dedit, ait Ulpianus : Quod si intra duodecim annos hæc decesserit quum haberet dotem ; putat Julianus si dolo malo conversatus sit is ad quem dos pertinet (3), posse maritum Doli mali exceptione condicentem summovere; in casibus in quibus dotem vel in totum (4) vel in partem, si constabat matrimonium, fuerat lucraturus. *l.* 11. § 4. *ff. Quod falso tut.* ULP. LIB. 35. AD ED.

(1) Non dicit *esse dotales*; et revera non sunt dotales : *l.* 14. *Cod. de Jur. dot.* sed *videntur esse* : hoc sensu, quod utilis earum rerum Vindicatio mulieri detur; quum aliunde dotem suam servare non potest. Unde si ut socer *De peculio* conventus, non possit ex rebus deducere quod sibi a filio debetur : cum per hanc utilem Vindicationem eximantur a peculio.

[a] *Alias* 17. de Reb. auct. jud. possid.

[b] *Alias* 18. d. tit.

(2) Privilegium illud est personale.

[c] *Alias* 19. d. tit.

(3) Puta pater qui pro ea dotem dabat, si mentitus sit eam viri potentem esse.

(4) Vid. supra N. 1 et 3.

QUARTA PARS.

De Condictione, quæ ex Lege Julia et Papia, competit mulieri, ad restitutionem eorum quæ vir consecutus est ex jure patronatus in servos dotales ab ipso manumissos.

LXXXVIII. *Ut probe intelligamus quando locum habeat hæc Condictio, de qua etiam in hoc Titulo agitur ; tres casus distinguendi sunt. Aut enim vir manumisit invita uxore, aut ea consentiente eo animo ut viro donaret, aut ea consentiente quidem sed non donationis causa.*

De primo casu ita Papinianus : Dotalem servum vir invita uxore manumisit (1). Heres solus vir a liberto institutus, portionem hereditatis, quam ut patronus consequi potuit ac debuit, restituere (2) debet : alteram vero portionem, Dotis judicio (3); si modo uxor manumittenti refragatur. *l.* 61. LIB. 11. QUÆST.

Secundo casu : Quod si vir voluntate mulieris

(1) Manumissio valet : vir enim dominus est rerum dotalium.

(2) *Condictione ex Lege* Papia, quæ jubet restitui hoc casu quicquid vir consecutus est ex jure patronatus quod refragante uxore est adeptus, de qua vide Cujac. lib. 2. Observ. cap. 34.

(3) Non *Condictione ex Lege Papia*; quia hanc portionem aliunde quam ex jure patronatus est adeptus. *Dotis* autem *judicio* restituit; quia ex dotis causa hoc lucrum sensit.

servos dotales manumiserit cum donare ei mulier voluit; nec de libertatis causa impositis ei præstandis tenebitur (*l.* 61. ULPIAN. LIB. 33. AD ED.); Et desinit servus in dote (1) esse: quia cui manumittendi causa donare liceret, ei quodammodo donaret quod permitteret manumittere. *l.* 63. PAUL. LIB. 2. AD L. JUL. ET PAP.

Tertio casu: Si vero negotium gerens mulieris non invitæ, maritus dotalem servum voluntate ejus manumiserit; debet uxori restituere quidquid ad eum pervenit. *l.* 64. ULP. LIB. 7. AD L. JUL. ET PAP.

De his duobus ultimis casibus similiter alibi dicitur. Si vir voluntate mulieris servos dotales manumiserit: si quidem donare ei mulier voluit; nec de libertatis causa impositis, ei præstandis tenebitur. Quod si negotium inter eos gestum est; utique tenebitur, ut officio judicis caveat restituturum se mulieri, quicquid ad eum ex bonis liberti, vel ex obligatione (2) pervenisset. *l.* 24. § 4. ULP. LIB. 33. AD ED.

LXXXIX. *Hac autem Condictione ex Lege Papia quæ primo et Tertio casu competit; id vir præstare debet quod ad eum pervenit quasi in pretium libertatis concessæ, aut ex causa juris patronatus.*

Igitur: Sed et si quid libertatis causa maritus ei imposuit, id uxori præstabit. *d. l.* 64. § 1.

Neque solum in ipsa manumissione, Sed et si post manumissionem aliquid ei fuerit liberto impositum (3), id uxori præstandum est. *d. l.* 64. § 3.

Plane si operæ fuerint [a] marito exhibitæ, non æstimatio earum; non erit æquum hoc nomine uxori maritum quippiam præstare. *d. l.* 64. § 2.

Sed et si reum (4) maritus acceperit, adpromissoremve: æque adversus ipsum obligationem debet præstare. *d. l.* 64. § 4.

Item quicquid ad eum ex bonis liberti pervenerit, æque præstare cogetur: si modo ad eum quasi ad patronum pervenerit.

Cæterum si alio jure, non cogetur præstare. Nec enim beneficium quod in eum libertus contulit, hoc uxori debet; sed id tantum quod jure patronatus assequitur vel assequi potuit. Plane si ex majore parte quam debet, heres scriptus fuerit; quod amplius est, non præstabit (5). Et si forte quum ei nihil deberet libertus, heredem eum scripsit; nihil uxori restituet (6). *d. l.* 64. § 5.

XC. Dabit autem (ut ait Lex) QUOD AD EUM PERVENIT. Pervenisse accipimus, sive jam exegit, sive exigere potest quia actio ei delata est. *d. l.* 64. § 6.

Quod ait Lex, QUANTA PECUNIA ERIT, TANTAM PECUNIAM DATO; ostendit æstimationem hereditatis vel bonorum liberti, non ipsam hereditatem, voluisse Legem præstare: nisi maritus ipsas res tradere maluerit; et hoc enim benignius admitti debet. *d. l.* 64. § 10.

Adjicitur in Lege, ut et SI DOLO malo aliquid factum sit quominus ad eum perveniat, teneatur. *d. l.* 64. § 7.

De eo autem quod ad eum non pervenit nec ad heredem ejus, non tenetur. Unde Si filium exheredaverit patronus, et ad eum bona liberti (7) pertineant; videndum est an heres hoc nomine teneatur? Et cum nihil neque ad ipsum patronum neque ad heredem ejus perveniat; quomodo fieri potest ut hoc nomine teneatur? *d. l.* 64. § 8.

XCI. Hæc actio etiam constante matrimonio (8) mulieri competit. *l.* 65. SCÆVOLA LIB. SINGUL. QUÆST. PUBLICE TRACTATARUM.

XCII. *Illud superest observandum, quod* De viro heredeque ejus Lex tantùm loquitur: de socero successoribusque soceri nihil in Lege scriptum est. Et hoc Labeo quasi omissum annotat. In quibus igitur casibus Lex deficit, non erit nec Utilis actio danda. *d. l.* 64. § 9.

(1) Potest mulier proprium servum donare viro manumissionis gratia. Pari ratione potest manumissionis gratia concedere viro servum dotalem, ita ut desinat esse dotalis; quo casu nihil maritus tenebitur restituere.

(2) Quam manumissus libertatis causa contraxit.

(3) Libertatis contemplatione.

(4) Qui pro libertate huic servo præstanda aliquid spopondisset.

(5) Non præstabit hac *Condictione ex Lege* Papia. Cæterum, si uxore invita manumisit, præstabit judicio *Dotis*; ut dictum est supra N. 88. Not. (1).

(6) Vid. Not. præced.

(7) Qui post mortem patroni mortuus est.

(8) Judicium autem *Dotis* regulariter non nisi soluto matrimonio.

LIBER VIGESIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

DE IMPENSIS IN RES DOTALES FACTIS.

I. Ultimo *libri præcedentis Titulo vidimus virum, soluto matrimonio, actione* Rei uxoriæ *conventum, retentionem habere propter impensas quas in dotem fecit. Hinc Pandectarum ordinatores subjiciunt hunc Titulum* De Impensis in res Dotales factis.

Earum autem : Impensarum quædam sunt necessariæ, quædam utiles, quædam vero voluptariæ. *l.* 1. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Quædam etiam Impensæ pro muliere licet extra causam dotis factæ, retentioni locum dare possunt.

§ 1. *De Impensis necessariis.*

II. Necessariæ hæ dicuntur, quæ in se habent necessitatem impendendi. Cæterum si nulla fuit necessitas, alio Jure habentur. *d. l.* 1. § 1.

Impensæ necessariæ sunt, quæ si factæ non sint, res peritura aut deterior futura sit. *l.* 79. *ff. de Verb. signif.* Paul. lib. 6. ad Plaut.

Et in totum, id videtur necessariis Impensis contineri, quod si a marito omissum sit, judex tanti eum damnabit quanti mulieris interfuerit eas Impensas fieri. *l.* 4. Paul. lib. 36. ad Ed.

III. *Igitur* Impensæ necessariæ sunt, quibus non factis dos imminuitur : veluti aggeres facere; flumina avertere; ædificia vetera fulcire, itemque reficere; arbores in locum mortuarum reponere. *l.* 14. Ulp. lib. 5. regul.

Item Inter necessarias Impensas esse Labeo ait, moles in mare vel flumen projectas. Sed et si pistrinum et horreum necessario factum sit; in necessariis Impensis habendum ait. Proinde Fulcinius inquit : Si ædificium reccus quod habere mulieri utile erat, refecerit; aut si oliveta rejecta (1) restauraverit; vel ex stipulatione Damni infecti, ne committatur, præstiterit (*sup. d. l.* 1. § *fin.*); vel in valetudinem servorum impenderit (*l.* 2. Paul. lib. 7. ad Sabin.); vel si vites propagaverit; vel arbores curaverit; vel seminaria pro utilitate agri fecerit : necessarias Impensas fecisse videbitur. *l.* 3. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

IV. *Impensæ necessariæ dotem ipso Jure minuunt, modo duo concurrant : 1.° Si in ipsam dotem factæ sint ; 2.° Si non ad ordinariam rerum dotalium tutelam pertineant.*

Et 1.° In necessariis Impensis hoc sciendum est; eas Impensas dotem minuere, quæ in dotem factæ sunt. Cæterum, si in dotem factæ non sint, non habent in se reputationem. *l.* 1. § 2. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Nam quod dicimus, necessariis Impensis, ipso Jure minui dotem; Hoc de his Impensis dictum est, quæ in dotem ipsam factæ sint. Cæterum si extrinsecus, non imminuent dotem. *l.* 5. ¶ *hoc de his.* Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Quod igitur propter fructus quærendos impenditur magis quam propter ipsas res dotales, dotem non minuit.

Hinc Neratius : Et ante omnia, quæcumque Impensæ quærendorum fructuum causa factæ erunt (quamquam cædem etiam colendi causa fiant; ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem, speciemque ejus necessariæ sint); eas vir ex suo facit : nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem. *l.* 16. Neratius. lib. 6. membran.

Consonat Ulpianus : Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam quæ non ad præsentis temporis pertineat, an vero ad præsentis anni fructum. Si in præsentis, cum fructibus hoc compensandum : si vero non fuit ad præsens tantum apta erogatio, necessariis Impensis computandum. *l.* 3. § 1. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

V. 2.° *Impensa necessaria, ut dotem ipso Jure minuat, ea esse debet quæ non ad ordinariam rerum dotalium tutelam, quæ fructuum onus est, pertineat.*

Hinc Neratius : Quod dicitur, Impensas quæ in Res Dotales necessario factæ sunt, dotem diminuere; ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit. Nam Tueri res Dotales vir suo sumptu debet. Alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quævis modica ædificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura, dotem minuent : omnia enim hæc in specie necessariarum sunt. Sed ipsæ res ita præstare intelliguntur (2), ut

(1) Haloander legit *defecta.*

(2) Sensus est : *Res ipsæ ita reditum præstare intelliguntur, ut non tam in eas* hoc *impendisse videaris; quam potius, deducto eo impensarum genere, reditus tanto minus ex his* rebus *percepisse.* Idem ac si diceret : Hoc impensæ genus, magis fructuum quam ipsius rei onus esse videtur.

non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris. *l.* 15. Neratius. lib. 2. membran.

Hinc quando agitur judicio De Dote; Omnino et in ædificandis ædibus, et in repouendis propagandisque vineis, et in valetudine mancipiorum, modicas Impensas non debet arbiter curare. Alioquin Negotiorum gestorum potius (1) quam De Dote judicium videbitur. *l.* 12. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Item Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit, aut in doctrinam aut alimenta, non servatur marito: quia ipse ministeriis eorum utitur. Sed illud servatur quod nutrici datum est ad educandum, quia pro capite quid dedisset (2); quemadmodum si a prædonibus redemisset servos dotales. *l.* 28. § 1. *ff. de Donat. int. vir. et uxor.* Paul. lib. 7. ad Sabin.

Item Neque stipendium, neque tributum ob dotalem fundum præstita, exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum hæc Impendia sunt. *l.* 13. Paul. lib. 7. brevium.

Quæ autem Impendia, secundum eam distinctionem, ex dote deduci debeant; non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine Impendiorum æstimari possunt. *l.* 15. § *fin.* Neratius lib. 2 membran.

VI. *Vidimus quæ Impensæ dotem minuant. At* Quod dicitur, necessarias Impensas ipso Jure dotem minuere, non eo pertinet ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis (3) esse; sed, nisi Impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur (4).

Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes quanti fundus est; desinere eum dotalem esse, Scævola noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum Impensas obtulerit.

(Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariæ Impensæ in fundum factæ, Nerva ait, Dotem pecuniariam minui.)

Quid ergo (5) si mulier Impensas marito solverit? utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? Cujus rei manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scævolæ nostri sententiam. Nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus, quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur. *l.* 56. § 3. *ff. de Jur. dot.* Paul. lib. 6. ad Plaut.

Ea de re etiam ita Ulpianus; Quod dicitur necessarias Impensas dotem minuere sic erit accipiendum (ut et Pomponius ait) non ut ipsæ res corporaliter diminuantur ut puta, fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est diminutionem corporis fieri propter pecuniam: cæterum (6) hæc res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus. Manebit igitur (7) maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat. Non enim ipso Jure corporum, sed dotis (8) fit diminutio. Ubi ergo admittimus diminutionem dotis ipso Jure fieri? Ubi non sunt corpora (9), sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit diminutionem fieri. Proinde si æstimata (10) corpora in dotem data sint, ipso Jure dos diminuetur per Impensas (11) necessarias. *l.* 5. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

(1) Hæc reputat negotiorum gestor; quia fructuum quos percepit, rationem reddit. Maritus autem cum fructus suos faciat, non debet has modicas impensas reputare in judicio *De Dote.*

(2) Id est, *quia illud quod nutrici datum est ad educandum* servum, *pro ipso capite servi* datum est, non pro ejus ministerio.

(3) Impensæ enim, non corpora dotalia minuunt (quod absurdum esset), sed universam dotem; seu quantitatem quæ ex omnium rerum dotalium æstimatione conficitur.

(4) Dices: Nil ergo differunt impensæ necessariæ, ab utilibus propter quas etiam vir jus retentionis habet? Differunt prorsus; deductio enim impensarum necessariarum, est Juris: at deductio impensarum utilium est facti, et debet opponi. Unde si his non deductis solverit vir, non videtur plus solvisse quam debet: impensæ autem necessariæ, cum ipso Jure minuant dotem si his non servatis vir omnes res dotales imprudens restituerit, habebit Condictionem, quasi plus debito solverit: infra N. 7.

(5) Quod mox dixit Nerva, absque dubio est. Supra dictam autem Scævolæ sententiam hic Paulus confutat. Si, inquit, species in dotem datæ, desinerent esse dotales (ut vult Scævola) pro rata pecuniæ quam maritus in dotem impendit; aut etiam in totum, si tantum impendit quanti hæ species sunt, sequentur absurda. Nam sequeretur, reddita postea marito hac quam impendit pecunia, *Dotem crescere*, aut etiam dotem quæ in totum esse desierat, *ex integro constitui:* quod sane nemo dixerit; neque enim talis solutio, pro constitutione dotis haberi potest. *Cujus rei seu sententiæ* (pergit Paulus) *Manifestior iniquitas in fundo est;* id est, manifestior absurditas oritur si fundus in dotem datus sit. *Nam si* ex Scævolæ sententia is fundus propter Impensas in dotem factas *desinit esse dotalis*, sequetur eum jam posse alienari. Quomodo autem poterit rursus fieri dotalis *data pecunia;* id est, soluta postea marito quam impendit pecunia? Quam vim habere potest hæc pecuniæ viro debitæ solutio, ut dotalem efficiat eum fundum qui dotalis esse desierat, et quem vir alienare potuit? An dicet Scævola hunc fundum non fieri rursus dotalem; sed jam hanc *pecuniam* quæ pro restitutione Impensarum solvitur, *in dote esse* videri? quod adhuc absurdius est. Tandem ita concludit Paulus: *Magis est ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.* Quasi diceret; Magis est ut, etsi maritus tantum impenderit in dotem quanti ager est; non tamen is fundus possit alienari, nec omnino desinat esse dotalis: sed hoc tantum vir consequatur ut, nisi reddatur Impensa, possit eum retinere; qua reddita, ager perfecte *in causam dotis* revertetur: id est, in ea causa erit ut absque ullius exceptionis metu, mulieri soluto matrimonio sit in specie restituendus.

(6) Id est, alioquin: quod esset absurdum.

(7) Hoc igitur tantum consequitur maritus, ut maneat, etc.

(8) Dos in abstracto et separatim a corporibus considerata, videtur diminuta; non vero ipsa corpora.

(9) *Ubi* in dote *non sunt* tantum *corpora, sed* etiam *pecunia.* Hoc enim casu tanta pecunia in dote esse desinit, quanta fuit impensa.

(10) Nam hoc casu, non corpora, sed eorum æstimatio quæ in pecunia consistit, in dote est.

(11) Quæ factæ sunt in alia corpora dotalia inæstimata.

Sed si Impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat: an vero dicimus ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse (1). *d. l.* 5. § 1.

VII. *Cum dos, Impensis necessariis quas vir fecerit, minuatur ipso Jure; hinc illa quæstio*: Si dos tota soluta sit, non habita ratione Impensarum; videndum est an condici possit in quod pro Impensis necessariis compensari solet? Et Marcellus admittit Condictioni esse locum. Sed etsi plerique negent (2), tamen propter æquitatem, Marcelli sententia (3) admittenda est. *d. l.* 5. § 2.

VIII. *Circa Impensas necessarias interest in earum ratione habenda judicio* De Dote, *an factæ sint an non. Scilicet* Hoc differt; quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est; non factarum, ita si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, Impensas consequitur: si non fecerit, deusta ea nihil præstabit (4). *l.* 4. § *sed hoc.* Ulp. lib. 36. ad Sabin.

§ 2. *De utilibus Impensis.*

IX. Utiles Impensas esse Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, non (5) deteriorem esse non sinant; ex quibus reditus mulieri acquiratur, sicuti arbusti pastinatione ultra quam necesse fuerat (6); item doctrinam puerorum: quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. In his Impensis et pistrinum, et horreum insulæ dotali adjectum plerumque (7) dicemus. *l.* 79. § 1. *ff. de Verb. signif.* Paul. lib. 6. ad Plaut.

Similiter Ulpianus: Utiles autem Impensæ sunt, quas maritus utiliter fecit; remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem. *l.* 5. § *fin.* Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Veluti si novelletum in fundo factum sit; aut si in domo pistrinum, aut tabernam adjecerit; si servos artes docuerit (8). *l.* 6. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Item Impensæ Utiles sunt, veluti pecora prædiis imponere; id est, stercorare. *l.* 14. § 1. Ulp. lib. 5. regul.

X. *Impensæ* Utiles non quidem minuunt ipso Jure dotem, verumtamen habent exactionem (9). *l.* 7. § 1. Ulpian. lib. 36. ad Sabin.

Hujus juris ratio est quod, nisi haberent retentionem, vir posset donare mulieri. Atqui Donationem inter virum et uxorem, circa Impensas quoque inhibitam esse Sabinus scribit. *l.* 11. § 1. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Quod tamen dicimus, propter Impensas utiles marito retentionem competere, distinctionem recipit. Nam Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factæ sint. Iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut Impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest (10). Quod summam habet æquitatis rationem. *l.* 8. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Justinianus retentionis jus ex hac causa sustulit: constituitque ut harum Impensarum utilium nomine vir haberet aut actionem Mandati *si voluntate mulieris factæ essent, aut actionem* Negotiorum gestorum (11) *si citra ejus voluntatem. l. un. Cod.* de Rei uxor. act.

§ 3. *De voluptariis Impensis.*

XI. Voluptariæ autem Impensæ sunt, quas maritus ad voluptatem fecit, et quæ species exornant. *l.* 7. Ulpian. lib. 36. ad Sabin.

Et, ut alibi egregie idem Ulpianus definit: Voluptuosæ sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est. Quod evenit in viridariis et pictoriis, similibusque rebus. Ulp. fragm. *Tit.* 6. § 17.

(1) Finge: Centum erant in dote: vir impendit viginti: redacta est dos ad octoginta. Postea mulier impensas viro refudit: crevit dos ad centum.

(2) Nec enim ulla videbatur competere actio. Deficit enim actio *Negotiorum gestorum*; cum vir impendendo in res dotales quarum dominus erat, suum non alienum negotium gesserit.

(3) Scilicet ut condici possit. Sed qua Condictionis specie? Dic, *Condictione indebiti*; quasi plus debito solverit, qui dotem non deductis impensis solvit. Vid. supra lib. 12. Tit. *de Cond. indeb.* N. 23.

(4) Maritus judicio *De Dote*, ob impensam non factam.

(5) Nam quæ *deteriorem esse non sinunt*, eæ sunt necessariæ.

(6) *Pastinare* (unde Pastinatio) *in cultura Vineæ frequens verbum, pro eo quod est fodere. Dicitur autem a* Pastino (une Houe à deux cornes) *quod est instrumentum ferreum bifurcum, ad fodiendam terram.* Ita Beroaldus in Columellam *de Re rustic.* lib. IV. cap. 28. ubi Columella ait. Ter quotannis pastinandas vites. Quarta ergo aut quinta Pastinatio si adhibeatur in arbusto quod vitibus constat, utilitatis duntaxat gratia adhibetur ut lætiores et fertiliores fiant, non ad necessitatem.

(7) Aliquando enim hæc necessariis impensis adscribuntur; ut supra N. 3. puta in loco ubi non sunt pistores, et tamen familia alenda.

(8) Hæc tamen impensa ei non reputabitur, si utilitas quam ex eorum ministerio percepit, hanc impensam compenset: supra N. 5. ex l. 28. § 1. ff. *de Donat. int. vir. et uxor.*

(9) Hanc vocem substituit Tribonianus, pro *retentionem.*

(10) Igitur eo casu, hoc tantum permittetur viro ut impensas tollat; si sine damno facere potest.

(11) Veteres non putabant has actiones posse competere; quia, cum maritus sit constante matrimonio rerum dotalium dominus, impendendo aliquid in eas, videtur proprium negotium gerere. Porro nemini proprium negotium *Mandari* potest: nec nascitur obligatio *Negotiorum gestorum*, si quis proprium negotium gerat. Justinianus has subtilitates neglexit; quia, cum dos ad mulierem reverti debeat, quod in eam impensum est, in negotium mulieris impenditur.

Item Paulus : Voluptariæ sunt quæ species duntaxat exornant, non etiam fructum; ut sunt viridaria, et aquæ salientes, incrustationes, loricationes (1), picturæ. *l.* 79. § 2. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 6. AD PLAUT.

Item Voluptuosæ sunt, balinea extruere. *l.* 14. § 2. ULP. LIB. 5. REGUL.

Quod si hæ res in quibus Impensæ factæ sunt, promercales fuerint; tales Impensæ non voluptariæ, sed utiles sunt (2). *l.* 10. PAUL. LIB. 36. AD EDICT.

XII. In voluptariis autem Aristo scribit, Nec si voluntate mulieris factæ sunt, exactionem (3) parere. *l.* 11. ULP. LIB. 36. AD SABIN.

Tamen Pro voluptariis Impensis nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. Nam si vult habere mulier, reddere ea quæ impensa sunt debet marito, aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: cæterum si non recipiant, relinquenda sunt. Ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est ejus (4) quod abstulit. *l.* 9. ULP. LIB. 36. AD SABIN.

(1) *Loricatio* est tegumentum seu incrustatio parietum quæ constat calce et arena. Vitruv. lib. 7. cap. 1.

(2) Scilicet quatenus eo pluris res vendenda sit.

§ 4. *De Impensis extra causam dotis factis pro muliere.*

XIII. *Quasdam Impensas vir mulieri reputare potest, quamvis extra causam dotis factæ sint. V. G.* Sed et si ideo maritus ex dote expendit ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem; reputatur ei id quod expensum est: sive pars dotis sit, pro ea parte : sive tota dos sit, actio Dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat De Dote; debere rationem haberi ejus quod in ipsum impensum est: sive ipse maritus hoc fecit, sive filiæ ut faciat dedit. Sed etsi non pater experiretur, sed post mortem ejus filia sola De Dote ageret; idem erit dicendum : cum enim Doli exceptio insit DE DOTE actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis; potest dici (ut et Celso videtur) inesse hunc sumptum actioni De Dote, maxime si ex voluntate filiæ factus sit. *l.* 21. *ff. Solut. matrim.* ULP. LIB. 3. DISPUT.

(3) Ita substituit Tribonianus pro *retentionem ;* hic et modo infra l. 9.

(4) Id est, *profuturum ei.* Tollere autem non debet, si nihil hinc laturus est nisi ut officiat.

TITULUS II.

DE ACTIONE RERUM AMOTARUM.

I. UT *propter impensas, ita et propter res amotas retentio ex dote fiebat. Imo ea de causa dabatur etiam actio* RERUM AMOTARUM.

De hac retentione seu compensatione, ita Alexander : Compensationis æquitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi quod debere te constiterit æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit : eo magis quod ea te persequi dicis quæ divortii causa amota quereris. Cum igitur apud competentem judicem Ex stipulatu conveniaris, apud eumdem doce tui juris res ablatas esse. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

An et autem hæc retentio locum habeat in specie sequenti, quærit Ulpianus. Nimirum Si uxor viri rem commodaverit, eaque perierit; videndum an compensationem hoc nomine pati possit? Et puto, si quidem prohibuit eam maritus commodare, statim deductionem (1) fieri : si vero non prohibuit eam commodare, arbitrio judicis modicum tempus ei indulgeri cautionem præbendi (2). *l.* 24. § 6. *ff. Solut. matrim.* ULP. LIB. 33. AD ED.

Retentionem Ob Res Amotas *abrogavit Justinianus, ut inutilem ; utpote cum pateat maritis* RERUM AMOTARUM *judicium.*

II. Rerum Amotarum judicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit, quia non placuit cum ea Furti agere posse : quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere (ut Nerva, Cassio) quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret; aliis (ut Sabino et Proculo) furtum quidem eam facere, sicuti filia patri faciat; sed Furti non esse actionem constitutam (3) Jure : in qua sententia Julianus rectissime est. *l.* 1. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Nam in honorem matrimonii, turpis actio adversus uxorem negatur. *l.* 2. GAIUS LIB. AD ED. PRÆTORIS TIT. DE RE JUDICATA.

(1) Est enim vere amota res quæ invito viro commodata est : unde retentio dotis *Ob Res Amotas* competit eo nomine.

(2) Non habebit igitur hoc casu retentionem maritus; sed post hoc tempus aget *Commodati.*

(3) Jure positivo, Jure singulari.

Circa hoc judicium quæri potest : 1.° Quæ requirantur ut huic locus sit; 2.° Quarum rerum nomine, cui, et adversus quem competat et quatenus; 3.° Quale sit hoc judicium; et quid in eo observetur, quid præstandum veniat; 4.° Quando cesset.

ARTICULUS I.

Quæ requirantur necne, ut actioni Rerum Amotarum *locus sit.*

III. *Ut huic actioni locus sit, duo concurrere oportet : 1.° Ut conjux conjugi amoverit; 2.° Ut propter divortium quod secutum sit, hoc factum fuerit.*

Modo autem hæc duo concurrant; Nihil interest utrum simul an separatim habitaverunt; cum actio Rerum Amotarum competat etiam adversus eam quæ ex ea domo subtraxit in qua non simul cum viro habitavit. *l.* 15. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Non requiritur etiam ut mulier quæ res viri amovit, per se hoc fecerit; resve ad ipsam pervenerit. V. G. Sed et si divortii tempore fures in domum mariti induxerit; et per eos res amoverit, ita ut ipsa non contrectaverit; Rerum amotarum judicio tenebitur. Verum est itaque quod Labeo scripsit, Uxorem Rerum amotarum teneri, etiamsi ad eam res non pervenerit. *l.* 19. Ibid.

§ 1. *Oportere ut conjux conjugi amoverit.*

IV. Consequenter dicemus, ubicumque cessat matrimonium, ut puta in ea quæ tutori suo nupsit, vel contra Mandata (1) convenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare Rerum Amotarum actionem; quia competit divortii causa (2). *l.* 17. ¶ *consequenter.* Ulp. lib. 30. ad Ed.

Igitur Si concubina res amoverit, hoc Jure utimur ut Furti teneatur. *d. l.* 17.

Sed et cum uxore Furti agere possibile est; si ei cui heredes simus, furtum fecit, vel nobis antequam nuberet (3). Tamen propter reverentiam personarum, in utroque casu furtivam tantum Condictionem competere, non etiam Furti actionem dicimus. *l.* 3. § 2. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Sed et eo casu quo conjux conjugi amovit, cum Divortio facto jam non sit conjux : Ideo si post divortium easdem res contrectat, etiam Furti tenebitur (4). *d. l.* 3.

At si demum mortuo viro amovit, alia causa est cur nec actioni Furti *sit locus. Nimirum* Quod si mortuo viro amoverit, non fecit furtum; quia rei hereditariæ nondum possessæ non fit furtum (5). Ideoque aut vindicari poterunt, aut in hereditatis petitionem venient. *l.* 6. § 6. Paul. lib. 7. ad Sabin.

V. *Cum judicio* Rerum amotarum *locus non sit, nisi conjux conjugi amoverit; hinc* Item si servus ejus furtum fecerit, Furti cum ea agere possumus. *l.* 3. § 1. Paul. lib. 7. ad Sabin.

Obiter hic quæritur an in solidum, an noxaliter? Ita distingue : At si in dotem servus datus furtum viro fecerit, si quidem mulier talem esse eum scierit, totum damnum viro sarcietur : quod si ignoraverit, tunc non ultra condemnationem noxæ multanda erit. *l.* 21. § 2. Paul. lib. 37. ad Edict.

Hæc de casu quo servus injussu mulieris hoc fecit. Quod Si servus mulieris, jussu dominæ, divortii causa, res amoverit; Pedius putat nec furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet (6); nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat (7) (quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat) : sed Rerum amotarum actio erit (8). *d. l.* 21. § 1.

VI. *Quod hactenus diximus, oportere ut furtum factum sit conjugi, sic accipe; vel ei in cujus potestate est maritus.*

Hinc Ulpianus : Uxor et nurus et pronurus viro et socero et prosocero furtum facere possunt. Furti autem non tenentur; nisi forte emancipatus sit filius : tunc enim nurus patri ejus et furtum facit, et Furti tenetur. *l.* 15. § 1. Ulp. lib. 34. ad Edict.

§ 2. *Oportere ut divortii consilio amotum fuerit.*

VII. Rerum quidem Amotarum judicium sic habet locum, si divortii consilio res amotæ fuerint, et secutum divortium fuerit. *l.* 25. Marcianus lib. 3. regul.

Divortii autem consilio Res Amotas dicimus, non solum eas quas mulier amovit quum divortii consilium inisset; sed etiam eas quas nupta amoverit, si quum discederet eas celaverit (9). *l.* 17. § 1. Ulp. lib. 30. ad Ed.

Sed et Si mulier, quum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus divortisset; si convaluerit vir, Utilis (10) Rerum Amotarum actio ei danda est. *l.* 21. Paul. lib. 37. ad Ed.

(1) Id est, contra Jus Constitutionum; puta Præses provincialem duxerit.

(2) Actio *Rerum Amotarum* competit divortii causa; non potest ergo competere in his speciebus, in quibus cum nullum matrimonium fuerit, nullum etiam divortium intervenire potuit.

(3) His enim casibus furtum non factum est conjugi; adeoque cessat actio *Rerum Amotarum.*

(4) Ex novo furto quod jam non conjugi fecit, contrectando post divortium.

(5) Furtum enim est interversio possessionis. Vid. infra lib. 47. Tit. *de Furtis.*

(6) Et parere quodammodo necesse habuit.

(7) Cum ipsa non contrectet. Cujac.

(8) Cujacius putat hoc accipiendum de Utili actione; cum directa cesset propter rationes allatas.

(9) Hæc secunda contrectatio hoc judicium parit.

(10) *Utilis* duntaxat; quia mulier magis mortis quam divortii causa amovisse videtur.

VIII. *Generaliter autem hæc regula tenenda est.* Sed si in matrimonio uxor marito res substraxerit, licet cesset Rerum Amotarum actio (1), tamen ipsas res maritus condicere (2) potest. Nam Jure Gentium condici puto res ab his qui non justa causa possident. *l.* 25. ¶ *sed si.* MARCIAN. LIB. 3. REGUL.

Item Si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus est maritus; Hereditatis petitione (3), vel actione Ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est. *l.* 22. § 1. JULIAN. LIB. 19. DIGEST.

Similiter Paulus. Sed si morte mariti solutum sit matrimonium; heres mariti Hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex injusta causa apud eum essent. *l.* 6. § 5. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

IX. *His quæ diximus consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus.* Divortii causa rebus uxoris a marito amotis vel ab uxore mariti; Rerum Amotarum Edicto Perpetuo permittitur actio. Constante etenim matrimonio, neutri eorum neque pœnalis neque famosa actio competit (4): sed de damno IN FACTUM datur actio. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

ARTICULUS II.

Quarum rerum nomine, cui et adversus quem, et quatenus huic actioni locus sit.

§ 1. *Quarum rerum nomine competat* Rerum Amotarum *actio.*

X. *Non solum si res viri proprias; sed et* Si rem quam maritus bona fide emerat, uxor amovit; vel opem furi tulit, idque fecit divortii causa; Rerum Amotarum judicio damnabitur. *l.* 20. MARCELL. LIB. 7. DIGEST.

Sed et Quæ viro suo res pignori datas amoverit, hoc judicio tenebitur. *l.* 17. § *fin.* ULP. LIB. 30. AD EDICT.

Obiter nota hoc casu : Sed et domino (5) Condictio (6) competet; sed alterutri (7) agere permittendum est. *l.* 18. PAUL. LIB. 6. QUÆST.

§ 2. *Cui hæc actio detur.*

XI. *Non solum vir adversus mulierem; sed vice versa* Mulier habebit Rerum Amotarum actionem adversus virum : et compensare potest mulier cum actione qua maritus agere vult Ob Res Amotas. *l.* 7. ULP. LIB. 36. AD SABIN.

Enimvero Marcellus libro 8 Digestorum scribit, Sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit (8), et res amoverunt; Rerum Amotarum teneri. *l.* 11. ULPIAN. LIB. 33. AD ED.

XII. *Successoribus etiam hæc actio datur. Unde* Si post divortium maritus decesserit, heres ejus Rerum Amotarum judicio uti potest. *l.* 6. § 3. PAUL. LIB. 7. AD SABIN.

Sed et Ad fiscum mariti bonis devolutis, uxor Rerum Amotarum nomine in simplum convenitur; quamvis alii (9) in quadruplum condemnentur. *l.* 16. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOMAR.

XIII. *Hactenus de conjuge et ejus successoribus.* Contra nurum quoque socero hoc judicium dandum, Atilicinus et Fulcinius aiunt. *sup. d. l.* 6.

Nam Quotiens filiofamilias dos data est, socerum ob res divortii causa amotas, Furti agere non posse (10). *d. l.* 6. § 1.

Extraneo autem ex persona sua hæc actio competere non potest.

Unde Si uxor rem viri ei cui eam vir commodaverat subripuerit; isque conventus (11) sit : habebit Furti actionem, quamvis vir habere non possit. *l.* 28. PAUL. LIB. 6. QUÆSTION.

§ 3. *Adversus quem hæc actio competat; et quatenus alius quam conjux qui amovit, ea teneatur.*

XIV. *Non solum conjux qui amovit, puta mulier; sed* Item heres mulieris ex hac causa tenebitur;

(1) Quia non consilio divortii ess substraxit.

(2) *Condictione ex injusta causa*, ad instar Furtivæ.

(3) Quæ datur adversus eos qui possident *Pro possessore* absque titulo : ut vid. supra lib. 5. Tit. *de Heredit. pet.* N. 3.

(4) Actio *Rerum Amotarum* non est pœnalis, sed rei persecutoria. Nec etiam proprie famosa est : est enim Condictio; *In Condictionibus autem cessat ignominia, quamvis ex famosis causis pendeant :* l. 36. ff. *de Oblig. et act.* Valde tamen suggillat pudorem; et ideo constante matrimonio non datur. Nec obstat quod Justinianus in l. fin. § fin. Cod. *de Furtis* ait maritum propter pudorem matrimonii habere actionem *Rerum Amotarum* contra uxorem quæ rem ipsi commodatam surripuisset. Nam ut recte observat Wissenbachius, hoc non de actione *directa* RERUM AMOTARUM; sed de *Utili* seu actione *In factum* accipiendum est.

(5) Rerum marito pignori datarum, quas mulier surripuit.

(6) *Furtiva.*

(7) Scilicet si dominus egerit *Condictione furtiva*, maritus non poterit agere amplius actione *Rerum Amotarum*; et vice versa. Cum enim utraque actio idem persequatur, altera alteram consumit.

(8) His verbis significatur divortium.

(9) Qui res delatas fisco surripiunt.

(10) Igitur vice actionis *Furti*, danda est ei actio *Rerum Amotarum.*

(11) Actione *Commodati.* Idem est et si non sit conventus : sufficit enim quod conveniri possit.

sicut Condictionis nomine ex causa (1) furtiva. *d. l.* 6. § 4.

Non tamen eodem modo tenebitur, quo heres furis Condictione furtiva. *Nam tenetur heres actione* Rerum Amotarum *duntaxat quatenus ad ipsum pervenit.*

Unde Diocletianus et Maximianus: De rebus quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis; Rerum Amotarum actione contra successores ejus, non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit; quod si res extent, dominii vindicatione uti non prohiberis. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

XV. Si filiafamilias res amoverit; Mela, Fulcinius, aiunt De peculio (2) dandam actionem; quia displicuit eam Furti obligari; vel in ipsam Ob Res Amotas dari actionem. Sed si pater adjuncta filia De Dote agat; non aliter ei dandam actionem, quam si filiam Rerum Amotarum judicio in solidum, cum satisdatione, defendat. Sed mortua filia, in patrem Rerum Amotarum actionem dari non oportere, Proculus ait; nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit (*l.* 3. § *fin.* Paul. lib. 7. ad Sabin.): Dolove malo fecerit, quominus ad eum pervenerit. *l.* 4. Pompon. lib. 16. ad Sabin.

Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, Utili (3) judicio petendum est. *l.* 5. Papin. lib. 11. quæst.

Item eum Rerum Amotarum etiam in virum datur judicium; si filiusfamilias maritus sit, utrum De peculio an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus quæ de filiafamilias diximus. *l.* 6. § 2. Paul. lib. 7. ad Sabin.

§ 4. *Quatenus conjux hoc judicio teneatur.*

XVI. Nec viro nec mulieri prodest in hoc judicio, si facere non possunt: pendet enim id ex furto. *l.* 21. § 6. Paul. lib. 37. ad Ed.

ARTICULUS III.

Quale sit hoc judicium; quid in eo observetur, et quid præstandum veniat.

§ 1. *Quale sit, et quæ in eo instituendo observentur.*

XVII. Rerum Amotarum actio, Condictio est (4). *l.* 26. Gaius lib. 4. ad Ed. provinc.

Hæc actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. Et ideo non anno finitur, sicut et Condictio furtiva: præterea et heredibus competit. *l.* 21. § 5. Paul. lib. 37. ad Ed.

XVIII. Qui Rerum Amotarum instituit actionem, si velit magis jusjurandum deferre; cogitur adversarius jurare nihil divortii causa amotum esse: dum prius de calumnia juret qui jusjurandum defert. *l.* 11. § 1. Ulp. lib. 33. ad Ed.

Jurare autem tam vir quam uxor cogetur: pater autem amoventis jurare non cogitur, cum iniquum sit de alieno facto alium jurare. Is ergo cogitur jurare qui amovisse dicitur: Et idcirco nec heres ejus qui quæve amovisse dicitur, jurare cogetur. *d. l.* 11. § 2.

Si quis delatum sibi jusjurandum referre velit, non videtur Prætor permisisse (5): *d. l.* 11. § 3.

Non magis quam si quis ei qui Furti agat, jusjurandum deferat an ipse fur sit. *l.* 12. Paul. lib. 7. Brevium.

Ideo Labeo scribit, Molieri non esse permittendum referre jusjurandum. Et ita Edictum ordinatum videtur. *l.* 13. Ulp. lib. 33. ad Ed.

Cæterum De rebus amotis permittendum marito vel uxori, de quibusdam rebus jusjurandum deferre, de quibusdam probare. *l.* 14. Paul. lib. 18. ad Ed.

§ 2. *Quid in judicio* Rerum Amotarum *veniat.*

XIX. *Potissimum venit in hoc judicio rerum quæ conjux amovit restitutio.*

Sed Non solum eas res quæ extant, in Rerum Amotarum judicium venire Julianus ait, verum etiam eas quæ in rerum natura esse desierunt. Simili modo etiam Ceati condici eas posse ait. *l.* 17. § 2. Ulp. lib. 30. ad Ed.

Igitur, Item verum est quod Ofilius ait, Etiam eas res quas divortii tempore mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumpserit, Rerum Amotarum judicio contineri. *l.* 3. § 3. Paul. lib. 7. ad Sabin.

XX. Rerum Amotarum æstimatio, ad tempus quo amotæ sunt, referri debet. Nam veritate furtum fit, etsi levius coercetur mulier. Quare nec a bonæ fidei possessore ita res amotæ usucapiuntur. Sed si pluris factæ non restituuntur quæ amotæ

(1) Sensus est: Ut Condictio furtiva, ita hæc actio in heredem datur. Non tamen eodem modo: Nam Condictio furtiva in solidum, hæc actio in id quod pervenit. Comparationes apud nostros Jurisconsultos solent esse inadæquatæ.

(2) Vid. Not. seq.

(3) Non directo; nam actio *De peculio* directa, non datur ex delicto: præterea hæc actio *Utilis* non datur (ut directa) de toto peculio: sed duntaxat de eo quod ex rebus amotis ad patrem pervenit.

(4) Male Ant. Faber legit *non est*: multis eum confutat Wissenbachius *Disp.* 49. § 6.

(5) Nam a quo furtum factum sit, necne, non semper scire potest qui furtum sibi factum queritur: ideo de ea re jurare cogi non debet. Nec tamen per calumniam defert jusjurandum ei quem ex justis causis suspicatur furtum fecisse, quamvis hoc non plene liqueat.

sunt, crescit æstimatio; ut in Condictione furtivæ rei. *l.* 29. TRYPHON. LIB. 11. DISPUT.

XXI. *Quod si res extent:* Sabinus ait, Si mulier res quas* amoverit, non reddat; æstimari debere quanti in litem vir jurasset. *l.* 8. § 1. POMPON. LIB. 16. AD SABIN.

Non enim æquum est, invitum suo (1) pretio res suas vendere. *l.* 9. PAUL. LIB. 37. AD ED.

Ideoque nec debere eum pro evictione promittere; quod ex contumacia mulieris id ita acciderit. *l.* 10. POMPON. LIB. 16. AD SABIN.

Cæterum Si propter res amotas egero cum muliere, et lis æstimata sit; an actio danda sit, si amiserit possessionem? movet me, quia dolo acquisiit possessionem. Respondi: Qui litis æstimationem suffert, emptoris loco habendus est. Ideo si mulier cum qua Rerum Amotarum actum est, æstimationem litis præstiterit; adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet: et si amiserit possessionem, In rem actio (2) ei danda est. *l.* 22. JULIAN. LIB. 17. DIGEST.

XXII. *Observandum etiam quod* Rerum Amotarum actio damnum repræsentat (3), etiamsi postea dotis exactio competat. *l.* 21. § 3. PAUL. LIB. 37. AD ED.

Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est. *d. l.* 21. § 4.

(1) Id est, justo. *Vendre une chose son prix:*

(2) *Publiciana:* et, si maritus excipiat se esse dominum, replicabit de æstimatione ipsi soluta.

(3) Id est, etiam ante tempus repetendæ dotis, mulier omne damnum quod vir ex rebus amotis sensit, aut lucrum quod ei interceptum est, statim restituere debet.

(4) Alias *existimavit;* non ipse Africanus cujus nomen præfert inscriptio legis; sed Julianus cujus sententiam Africanus refert, ut alias sæpissime. Ita jam observavimus in Præfat. Part. 2. cap. 1. N. LV.

ARTICULUS IV.

Quando hæc actio cesset necne.

XXIII. Cum soluto matrimonio, Rerum Amotarum judicium contra mulierem instituitur; redintegrato rursus matrimonio solvitur judicium. *l.* 30. PAPIN. LIB. 11. QUÆSTION.

At Redintegrato matrimonio, si iterum divortium factum erit; Ob Res Amotas prioris divortii causa, item ob impensas, donationesque priore matrimonio factas, manere actionem existimavi (4). *l.* 23. AFRICAN. LIB. 8. QUÆSTION.

XXIV. *Tollitur etiam actio* Rerum Amotarum *altera actione electa, puta Vindicatione.*

Enimvero Ob Res Amotas, vel proprias viri, vel etiam dotales, tam Vindicatio quam Condictio (5) viro adversus mulierem competit: et in potestate est qua velit actione uti. *l.* 24. ULP. LIB. 5. REGUL.

XXV. *Non tollitur autem actio* Rerum Amotarum *in specie sequenti.*

Nimirum Si quum dos solveretur mulieri, aut satis doti fieret, dictum non esset actum iri Rerum Amotarum; nihilominus agi potest. Nam (6) et quum dos nulla sit, eadem actio datur. *l.* 8. POMPON. LIB. 16. AD SABIN.

Notandum superest quod Rerum Amotarum actio, ob adulterii crimen quo mulier postulata est, non differtur (7). *l.* 27. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

(5) *Condictio ex injusta causa*, ad instar furtivæ.

(6) Quasi diceret: hæc enim actio non pendet a dote. Nam etsi absque dote nupsisset mulier, hæc actio datur.

(7) Et in eo differt ab actione *De Dote.* Hæc enim differtur, quia præjudicat judicio criminali; si enim judicaretur dotem reddendam, videretur præjudicari mulierem non esse adulteram. Iste autem *Rerum Amotarum* actio non præjudicat judicio criminali; et ideo non est differenda.

TITULUS III.

DE AGNOSCENDIS ET ALENDIS LIBERIS, VEL PARENTIBUS, VEL PATRONIS, VEL LIBERTIS.

NON *propter impensas solum aut res amotas, sed etiam propter liberos fiebat retentio ex dote. Pars enim onerum matrimonii est, ut vir liberos ex matrimonio editos agnoscere et alere teneatur. Hinc subjicitur Titulus* DE AGNOSCENDIS ET ALENDIS LIBERIS: *in quo agitur etiam propter materiæ affinitatem, de alimentis quæ liberi vicissim parentibus præstare tenentur; necnon de alimentis quæ liberti patronis et patroni libertis exhibere debent.*

SECTIO I.

De Agnoscendis liberis.

Ad hanc materiam pertinent duo Senatusconsulta: Plancianum ante Hadriani tempora factum, et alterum sub Hadriano.

Circa Senatusconsultum Plancianum quod spectat eos liberos quibus se mulier post divortium prægnantem dicit; expendemus 1.° *Quæ desiderentur*

a muliere, ut liberos illos vir agnoscere cogatur; 2.° *Quæ contra desiderentur a viro, ut eos non cogatur agnoscere.* 3.° *Agemus de præjudicio quod locum habet quum vir aut uxor adversus Senatusconsultum peccavit; vel contra, quum neuter peccavit.*

Transibimus inde ad Senatusconsultum factum Hadriani temporibus, quod versatur circa agnoscendos liberos constante matrimonio editos.

Media inter illas duas tractatio est; de casu quo hoc ipsum quæritur, an partus constante matrimonio editus fuerit, vel an uxor fuerit ea quæ peperit. Videbimus denique, quatenus hæc Senatusconsulta cessent.

ARTICULUS I.

De Senatusconsulto Planciano.

I. *Plancianum* Senatusconsultum, quod factum est de Liberis Agnoscendis, duas species complectitur; unam eorum qui agnoscunt (1), aliam earum quæ falsum partum subjiciunt. *l.* 1. Ulp. lib. 34. ad Ed.

§ 1. *Quæ ex Senatusconsulto Planciano desiderentur a muliere, ut vir liberos quibus illa se post divortium ex eo prægnantem dicit, agnoscere teneatur.*

II. Si mulier divortio facto, gravidam se sciat, intra tricesimum diem viro denuntiare debet, vel patri ejus; ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mittant: quibus missis, partum mulieris omnimodo cognuntur agnoscere (2). Paul. sent. *lib.* 2. *tit.* 25. § 5.

Duo igitur ex Senatusconsulto a muliere desiderantur: 1.° *Ut denuntiet se prægnantem esse;* 2.° *Ut custodes, si quos vir miserit, admittat.*

III. *De facienda denuntiatione ita Ulpianus.* Permittitur igitur mulieri, parentive in cujus potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si putet prægnantem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos, ipsi marito vel parenti in cujus potestate est; aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat. *l.* 1. § 1. Ulpian. lib. 34. ad Ed.

Hinc liquet quando et quomodo hæc denuntiatio fiat, et quid continere debeat.

1.° *Nimirum intra triginta dies fieri debet.*

Dies autem triginta continuos accipere debemus, ex die divortii, non utiles. *d. l.* 1. § 6.

Sed et Si mulier esse se prægnantem intra triginta dies non denuntiaverit, postea denuntians, causa cognita, audiri debebit. *d. l.* 1. § 7.

2.° *Hæc denuntiatio ita fieri debet, ut ipsi viro aut ei in cujus potestate est, aut domi ejus fiat.*

Domum *autem* accipere debemus hospitium, si in civitate maneat. Quod si non sit, sed vel in villa, vel in municipio; illic ubi larem matrimonio collocaverunt. *d. l.* 1. § 2.

3.° Denuntiare autem *(debet)* hoc tantum; esse mulierem ex eo prægnantem. Non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim molieri hoc notum facere, quod sit prægnans: mariti est jam, aut mittere custodes aut ei denuntiare quod non sit ex se prægnans. *d. l.* 1. § 3.

Hoc autem vel ipsi marito, vel alii nomine ejus facere permittitur. *d.* § 3.

Hactenus de denuntiatione.

IV. *Alterum quod a muliere desideratur, illud est; ut custodes quos vir miserit, admittat.*

Sed si maritus ultro custodes offerat, et ea non admittat; vel si non denuntiaverit mulier; aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio judicis non admiserit; liberum est marito parentive ejus partum non Agnoscere. *d. l.* 1. § 6.

Cæterum hæc pœna non nocet filio quem pariet, quominus ipse se filium esse probare possit. Quinimo etsi in totum omiserit denuntiationem, Julianus ait nihil hoc nocere ei quod editur. *d. l.* 1. § 8.

§ 2. *Quæ a viro desiderentur ex eodem Senatusconsulto, ut non teneatur partum Agnoscere.*

V. *Vir cui mulier denuntiavit se esse prægnantem, debet contra denuntiare aut custodes mittere.*

Pœna autem mariti ea est ut, nisi aut custodes præmiserit, aut contra denontiaverit non esse ex se prægnantem, cogatur maritus partum Agnoscere. Et, si non Agnoverit, extra ordinem coercetur.

Debebit igitur respondere non esse ex se prægnantem, aut nomine ejus responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere; nisi vere filius fuerit. *d. l.* 1. § 4.

§ 3. *An et quale præjudicium locum habeat vel pro filio vel contra; quum vir aut uxor adversus Senatusconsultum peccavit, vel quum neuter peccavit.*

VI. *Si mulier paruit Senatusconsulto, vir autem non paruit; redditur præjudicium quo vir cogitur partum Agnoscere et alere. Contra, si mulier non paruit; vir hoc præjudicio absolvitur interim ab Agnoscendo partu.*

Cæterum reddito etiam hoc præjudicio, partus in eadem semper causa est; ut jam modo supra obiter vidimus.

Et 1.° *de casu quo vir peccavit* Julianus libro 19 Digestorum scripsit: Quod Senatusconsulto comprehensum est, si mulier viro denuntiaverit se ex

(1) Id est, qui tenentur agnoscere partum.

(2) Permittitur tamen viro negare mulierem ex se esse prægnantem, ut videb. N. seq. in fine. Sed interim donec de ea re cognoverit judex; partum agnoscere et alere vir tenebitur.

eo concepisse, et is cui denuntiatum erit custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit, neque contestato dixerit eam ex se prægnantem non esse, ut ei id quod editum sit Agnoscere sit necesse; non eo pertinet ut si quis Agnoscere se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit. Quaodoque (1) enim (inquit) cœperit causa agi, grande præjudicium affert pro filio confessio patris. *d. l.* 1. § 12.

Quocirca nota quod Idem Julianus scribit: Si uxore denuntiante se prægnantem, maritus non negaverit; non utique suum illi partum effici: cogendum tamen alere. Cæterum esse satis injuriosum ait, si quis longo tempore abfuerit, et reversus uxorem prægnantem intervenerit, et idcirco rejecerit; si quid ex his quæ Senatusconsulto continentur omiserit, suum heredem ei nasci. *d. l.* 1. § 14.

2.° *De casu quo mulier peccavit*, Idem per contrarium quoque ait, Si mulier, divortio facto, non fecerit ea quæ Senatusconsulto præcipiuntur, ut liceat patri non Agnoscere; non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit; sed ad id tantum, ut ita pater Alere eum cogatur, si constiterit eum filium esse. *d. l.* 1. § 13.

VII. Ex his apparet, Sive uxor omiserit quæ eam ex Senatusconsulto observare oportuit, nihil præjudicare filio, si filius est; non tantum in jure Sui, verum ne in alimentis quidem, secundum Divi Pii Rescriptum: Sive maritus neglexerit facere quæ ex Senatusconsulto debet, natum cogitur omnimodo Alere; cæterum recusare poterit filium. *d. l.* 1. § 15.

Hinc Ulpianus: Si judex nutriri vel ali oportere pronunciaverit; dicendum est de veritate quærendum, filius sit an non: Neque enim alimentorum causa veritati facit præjudicium. *l.* 10. *ff. de His qui sui vel alien.* Ulp. lib. 4. ad L. Juliam. et Papiam.

VIII. *Quid si nec vir nec uxor adversus Senatusconsultum peccavit? Nimirum vel neuter peccat, quia neuter in ea causa fuit ut obtemperaret, vel quia uterque obtemperavit.*

Primus casus. Eleganter autem apud Julianum libro 19 Digestorum quæritur: Si intra dies triginta mulier marito non denuntiaverit, et intra triginta partum ediderit; an Senatusconsulto locus sit? Et ait, Plancianum Senatusconsultum cessare; quia de eo partu non videtur sentire qui intra diem trigesimum nascatur: quippe dies triginta ad denuntiandum præstituit Senatus. *sup. d. l.* 1. § 10.

Enimvero in hac specie, nec peccat mulier quæ peperit intra diem ipsi ad hanc denuntiationem concessum; nec vir peccat quod non ipse denuntiaverit. Nam Illud notandum est quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere. *d. l.* 1. § 5.

Quid igitur Juris sit in hac specie, quæritur? Sed hanc rem non facere præjudicium partui arbitror. *d. l.* 1. *sup. d.* § 10. ¶ *fin.*

IX. *Alter casus.* Quemadmodum per contrarium, si maritus uxore denuntiante custodes miserit (2); nullum præjudicium sibi facit. Licebit igitur ei partum editum ex se negare (3); nec ei nocebit quod ventrem custodierit: et ita Marcellus libro 7 Digestorum scripsit. Ait enim: Sive quis neget uxorem fuisse, sive ex se prægnantem; sine præjudicio recte mittit custodes: maxime si missurus id ipsum protestetor. *d. l.* 1. § 11.

Similiter: Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse prægnantem, tametsi custodes non miserit; non evitabit quominus quæratur an ex eo mulier prægnans sit (4).

Quæ causa si fuerit acta apud judicem, et pronunciaverit (quum de hoc agetur quod ex eo prægnans fuerit necne) in ea causa esse ut Agnosci debeat; sive filius non fuit, esse suum (5). *d. l.* 1. § *fin.*

(*Idque* In omnibus causis. Quare et fratribus suis consanguineus erit. *l.* 2. Julian. lib. 19. Digest.)

Sive contra pronunciaverit: non fore suum, quamvis suus fuerit. Placet enim ejus rei judicem Jus facere. Et ita Marcellus libro 7 Digestorum probat: eoque Jure utimur. *l.* 3. Ulp. lib. 34. ad Edict.

ARTICULUS II.

De Senatusconsulto Hadriani temporibus facto circa Agnitionem partus.

X. Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur; aliud Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est, ut etiamsi, constante matrimonio, partus

(1) Legendum, *quandocumque etiam.* Sensus est: Ex eo quod pater non contra denuntiaverit mulierem non esse ex ipso prægnantem, et sic agnoverit partum; non plane quidem hinc probatur esse filium: sed ea res grande præjudicium, grandem præsumptionem pro eo partu affert.

(2) Quo facto, vir Senatusconsulto obtemperavit: ut vid. supra.

(3) Et hoc casu cognoscet judex an ex ipso sit, aut definitive, aut summatim saltem ut interim ab eo ali debeat.

(4) Obtemperavit quidem et hoc casu maritus Senatusconsulto, quum negavit mulierem ex se esse prægnantem, quamvis custodes non miserit: alterutrum enim sufficit. Cæterum *non evitabit, etc.*

(5) Textus legis paulo obscurior sic debet construi, et conjungi cum duabus sequentibus. Si ea *causa fuerit acta apud judicem*, et (quum de hoc agetur an ex viro fuerit prægnans necne) judex *pronunciaverit* partum *in ea causa esse ut agnosci debeat:* hoc casu propter rei judicatæ auctoritatem, *sive* in rei veritate *filius non fuit* sive fuit, dicendum est *esse suum*, id est, viri; non solum quoad hanc causam alimentorum, sed *in omnibus causis. Quare, etc.* Et vice versa dicendum est *non fore suum*, si judex *contra pronunciaverit.*

rit editus, de Agnoscendo eo agatur. *d. l.* 3. § 1.

Et quidem Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium.

Non tamen ferendum Julianus ait eum qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium Agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur (quod et Scævola probat) si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa; vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. *l.* 6. *ff. de His qui sui vel alien.* Ulp. lib. 9. ad Sabin.

ARTICULUS III.

De casu quo hoc ipsum in controversia est, an partus constante matrimonio, an postea editus sit; vel an mulier fuerit uxor.

XI. Quid si hoc ipsum in quæstionem veniat, utrum in matrimonio an postea editus sit? Dicendum est, et super hoc ex Senatusconsultis agendum (1). *l.* 3. § 3. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Et quid sit, si an uxor fuerit disceptetur? Et Julianus Sexto-Cæcilio-Africano respondit, locum esse præjudicio (2). *d. l.* 3. § 4.

Observandum quod ait Modestinus in specie sequenti : ubi Si neget qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum; eo quod eam quæ se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit; alimenta quidem liberis præstare interim compellendum : sin autem constiterit eam servam fuisse; nihil ei qui pascendos curavit, ex hoc præjudicium generare respondit. *l.* 7. Modestin. lib. 5. respons.

ARTICULUS IV.

Quando hæc Senatusconsulta cessent.

XII. *Hæc Senatusconsulta* De Agnoscendis liberis *vivo parente, locum habent.*

At vero Illud tenendum, hæc Senatusconsulta post mortem parentis cessare; si is superstit in cujus potestatem recasuri non sunt. *l.* 3. § 5. Ulpian. lib. 34. ad Ed.

Supererit igitur duntaxat liberis hoc casu Petitio hereditatis. Quid ergo est in Petitione hereditatis quam filius intendit? Quæretur utrum ex eo natus sit cujus hereditatem petit, an non. *d.* § 5. ¶ *quid ergo.*

XIII. *Dicimus præjudicium hoc quo quæritur an partus ex his Senatusconsultis Agnoscendus sit, necne, cessare post mortem parentis; quum nemo est in cujus potestatem partus ille de quo quæritur, recasurus sit.* Adeo hoc verum est ut Julianus libro 19 Digestorum scribat, Si vivo patre, redditum sit præjudicium; et, antequam Sententia feratur, pater decesserit; transcundum ad Carbonianum Edictum (3). *d.* § 5. ¶ *fin.*

Hujusce rei ratio evidens est. Nimirum Item hæc Senatusconsulta pertinent ad eos qui sui heredes agnascantur (4). Cæterum si forte non sint in potestatem recasuri, verius est Senatusconsulta cessare. *d. l.* 3. § 6.

XIV. Quid ergo si quis post mortem patris nascatur avo superstite, in cujus potestate recasurus (5) est; ut si ex filio ejus susceptus probetur : videndum quid dici debeat? Et certe probandum est, cum avo præjudicium de partu Agnoscendo similiter agendum. *d. l.* 3. § 2.

SECTIO II.

De Alimentis quæ parentes liberis, et vicissim liberi parentibus, præstare tenentur.

§ 1. *Inter quas parentum liberorumque personas obligatio Alimentorum præstandorum consistat.*

XV. *Maxima ratione liberi a parentibus alendi sunt. Nam* Necare videtur non tantum is qui partum præfocat, sed et is qui abjicit; ET IS QUI ALIMONIA DENEGAT; et is qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet. *l.* 4. Paul. lib. 2. sentent.

Hinc D. Pius Rescripsit ut filiam suam pater exhibeat; si constiterit apud judicium juste eam

(1) Licet incertum sit an quis constante matrimonio, an postea editus sit; nihilominus recte de eo agnoscendo ex supra dictis Senatusconsultis agetur. Ratio dubitandi erat quod cum Plancianum proprie ad eum qui post divortium editus est, pertineat; Senatusconsultum Hadriani temporibus factum, proprie ad eum qui constante matrimonio editus est; videbatur quamdiu incertum esset quo tempore editus esset, ex neutro agi posse. Tamen placuit nihilominus posse ex his Senatusconsultis agi, et hoc ipsum posse eo præjudicio quæri quo tempore editus sit.

(2) Quum hoc ipsum in dubium revocatur an mulier fuerit uxor necne; partus non potest dici, constante matrimonio, aut post divortium editus. Nullum enim matrimonium aut divortium intelligi potest, si uxor non fuit. Hinc dubitabatur an posset agi præjudicio de Agnoscendo partu ex Senatusconsulto Planciano quod ad partus post divortium editos; aut ex Senatusconsulto Hadriani quod ad partus, constante matrimonio, editos pertinet. Definit autem agi posse : et hoc ipsum in his præjudiciis disceptabitur, an mulier fuerit uxor.

(3) Hoc præjudicium, quamvis vivo patre redditum, cessat : et ille impubes qui se dicit filium, ex Carboniano Edicto bonorum possessionem defuncti petit; dilata in tempus pubertatis controversia de ejus statu. Vid. infra lib. 37. Tit. *de Carbon Ed.*

(4) Id est, redduntur inter duas personas, quarum altera se alterius suum heredem dicit.

(5) Potius remansurus.

procreatam. *l.* 5. § 6. ULP. LIB. 2. DE OFFICIO CONSULIS.

Vice versa, Parentum necessitatibus liberos succurrere justum est. *l.* 1. *Cod. de Alend. lib.* ANTONINUS-PIUS.

XVI. Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui juris constitutos, videndum est? Et magis puto etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus; et vice mutua alere parentes debere. *sup. d. l.* 5. § 1.

XVII. Utrum autem tantum patrem avumve paternum, proavumve paterni avi patrem, cæterosque virilis sexus parentes alere cogamur; an vero etiam matrem, cæterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum? Et magis est, ut utrobique se judex interponat, quorumdam necessitatibus facilius succursurus, quorumdam ægritudini. Et cum ex æquitate hæc res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet. *d. l.* 5. § 2.

Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est. *d. l.* 5. § 3.

Ergo et matrem cogemus, præsertim vulgo quæsitos liberos alere: necnon ipsos eam. *d. l.* 5. § 4.

Item Divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur. *d. l.* 5. § 5.

XVIII. *Quod autem diximus matrem et cæteros per sexum femininum ascendentes liberis alimenta debere, sic accipiendum est; si non sint pater aut per sexum masculinum ascendentes, a quibus præstari possint.*

Enimvero Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est. Nam manifestum est, id quod filia parit, non avo sed patri suo esse oneri; nisi pater aut non sit superstes aut egens est. *l.* 8. MARCELL. LIB. 1. AD L. JUL. ET PAP.

Hinc Si mater Alimenta quæ fecit in filium, a patre repetat; cum modo eam audiendam, ita Divus Marcus rescripsit Antoniæ-Montanæ in hæc verba : » SED ET quantum tibi Alimentorum no» mine, quibus necessario filiam tuam exhibuisti, » a patre ejus præstari oporteat judices æstima» bunt. Nec impetrare debes ea quæ exigente ma» terno affectu in filiam tuam erogatura esses, » etiamsi a patre suo educeretur ». *l.* 5. § 14. ULP. LIB. 2. DE OFFICIO CONSULIS.

XIX. *Vidimus qui parentes liberos Alere teneantur, et vice versa. Observandum autem ita demum aliquem ad hoc obligari, si pro facultatibus id possit.*

Hinc Divi Fratres : Competens judex a filio te ali jubebit, si in ea facultate est ut tibi Alimenta præstare possit. *l.* 2. *Cod. de Alend. liber.*

Vice versa, his demum debentur qui egent. Sed si filius possit se exhibere, æstimare judices debent ne non debeant ei Alimenta decernere. Denique idem Pius ita rescripsit : » ADITI a te competentes » judices ali te a patre tuo jubebunt pro modo fa» cultatum ejus; si modo, cum opificem te esse » dicas, in ea valetudine es ut operi sufficere non » possis ». *sup. d. l.* 5. § 7.

Ex causa etiam ingratitudinis Alimenta liberis denegantur.

Hinc Ulpianus : Idem judex æstimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater [quod] merito filios suos nolit alere. Trebatio denique Marino rescriptum est, Merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat. *d. l.* 5. § 11.

XX. *Cæterum nullum militiæ aut pupillaris ætatis privilegium ab hoc officio dispensat. Imo* A milite quoque filio qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse pietatis existimat ratio. *d. l.* 5. § 15.

Item, etiam Si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogitur : INIQUISSIMUM ENIM QUIS MERITO DIXERIT PATREM EGERE, CUM FILIUS SIT IN FACULTATIBUS. *d. l.* 5. § 13.

§ 2. *Quid contineat hæc obligatio, et quandiu duret.*

XXI. Non tantum Alimenta, verum etiam cætera quoque onera liberorum patrem ab judice cogi præbere, Rescriptis continetur. *d. l.* 5. § 12.

Cæterum hæc obligatio ad exsolutionem æris alieni non porrigitur. Hinc Parens quamvis Ali a filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere filium, rescriptum est (1). *d. l.* 5. § 16.

XXII. *Hæc obligatio interdum ultra mortem porrigitur.*

Hinc Item rescriptum est, Heredes filii, ad ea præstanda quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabat [a], invitos cogi non oportere : nisi in summam egestatem pater deductus est. *d. l.* 5. § 17.

§ 3. *Quomodo cogantur parentes liberis, et vice versa, Alimenta præstare; et quid in ea cognitione quæratur.*

XXIII. Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi ut a parente exhibeantur; judex de ea re cognoscet. *l.* 5. ULP. LIB. 2. DE OFFICIO CONSULIS.

Si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatum Alimenta constituentur. Quod si non præstentur, pignoribus captis et distractis cogetur Sententiæ satisfacere. *d. l.* 5. § 10.

XXIV. *Ita demum autem hoc impetrabitur, si se liberos aut parentes esse saltem summatim doceant.*

Igitur Si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere contendat; vel filius neget parentem; summatim judices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali

(1) Vid. Append. ad libros 14 et 15. supra.

[a] Florent. dabit.

jubebunt : cæterum si non constiterit, nec decernent Alimenta. *d. l.* 5. § 8.

Similiter Severus et Antoninus : Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit. Quod si sponte non fecerit, aditus competens judex Alimenta pro modo facultatum præstari tibi jubebit. Quod si patrem se negabit, quæstionem istam iu primis idem judex examinabit. *l.* 4. *Cod. de Alend. lib.*

Item Divi Fratres : Si competenti judici, eum quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium ejus esse probaveris : Alimenta ei pro modo facultatum præberi jubebit. Idem, an apud eum educari debeat, æstimabit. *l.* 3. *Cod. d. tit.*

Cæterum plena probatio non requiritur. Unde Ulpianus : Meminisse autem oportet; etsi pronunciaverint ali oportere, attamen eam rem præjudicium non facere veritati. Nec enim hoc pronunciatur, filium esse; sed ali debere. Et ita Divus Marcus rescripsit. *sup. d. l.* 5. § 9.

SECTIO III.

De Alimentis quæ patronis liberti exhibere debent, et vicissim.

ARTICULUS I.

De Alimentis præstandis a liberto.

XXV. Solent judices cognoscere et inter patronos et libertos, si de alendis his agatur. *l.* 5. § 18. ULP. LIB. 2. DE OFFICIO CONSULIS.

Sed et liberta cogitur patronum alere. *d. l.* 5. § 24.

Circa hanc obligationem videbimus, ad quas personas porrigatur; quando locum habeat; et quæ sit pœna si ei non satisfiat.

§ 1. *Ad quas personas hæc obligatio porrigatur.*

XXVI. Utrum autem tantum patroni alendi sint, an etiam patronorum liberi, tractari potest? et puto, causa cognita, judices, et liberos quoque patronorum alendos decernere : non quidem tam facile ut patronos, sed nonnunquam et ipsos. Nam et obsequium non solum patronis, verum etiam liberis eorum debere præstari. *d. l.* 5. § 20.

Sed et libertus maternus alere cogitur. *d. l.* 5. § 21.

Item Patrem et matrem patroni, quum patronus et filius ejus minime supersint, alere egentes, ipsi liberti, si idonei facultatibus sunt, coguntur. *d. l.* 5. § 26.

XXVII. *Cæterum* Si quis a liberti liberto ali se desideret, vel ab eo quem ex causa fideicommissi manumisit, quemque suis nummis (1) redemit; non debet audiri, ut et Marcellus scribit : exæquatque eum qui mercedes exigendo (2) jus libertorum amisit. *d. l.* 5. § 22.

(1) Nummis scilicet ipsius empti.

(2) Qui pro operis impositis mercedes exigit, jus patronatus amittit : ut videb. infra lib. 38. Tit. *de Oper. lib.*

§ 2. *Quæ concurrere oporteat ut quis cogatur Alimenta exhibere patrono.*

XXVIII. *Ita demum liberti personis quibus ea deberi diximus, Alimenta præstare cogentur; si tria concurrant.*

1.° *Si eos libertos esse summatim constiterit apud judices.*

Itaque si negent se esse libertos, cognoscere eos (3) oportebit : quod si libertos constiterit, tunc demum decernere ut alant.

Nec tamen Alimentorum decretum tollet liberto facultatem quominus præjudicio certare possit, si libertum se neget. *d. l.* 5. § 18. ¶ *itaque si.*

XXIX. *Oportet* 2.° *ut ei qui petit, desit; liberto autem supersit.*

Hinc Ulpianus : Alimenta autem pro modo facultatum erunt præbenda, egentibus scilicet patronis. Cæterum si sit unde se exhibeant, cessabunt partes judicis. *d. l.* 5. § 19.

Consonat quod ait Paulus : In bonis superstitum libertorum nullum omnino jus patroni liberive patronorum habent : nisi si tam esse infirmos [se] tamque pauperes Præsidibus probaverint, ut merito menstruis Alimentis a libertis suis adjuvari debeant. Idque Jus ita plurimis Principum Constitutionibus manifestatur. *l.* 9. PAUL. LIB. SING. DE JURE PATRONAT.

Igitur De Alimentis patroni arbiter solet dari, arbitraturus quantum sit in facultatibus; ut perinde possint Alimenta moderari : quæ tandiu præstabuntur, quandiu liberto supersit, patrono desit. *sup. d. l.* 5. § 25.

XXX. 3.° *Denique oportet ut qui Alimenta desiderat : non se indignum hoc beneficio præstiterit.*

Recte V. G. Marcellus; Sed ei Patroni filium, qui capitis accusavit libertum paternum, negat exhibendum. *d. l.* 5. § 23.

§ 3. *Quæ sit pœna liberti, debita patrono Alimenta denegantis.*

XXXI. Imperatoris Commodi Constitutio talis profertur : « CUM probatum sit, contumeliis patronos a libertis esse violatos, vel illata manu atroci esse pulsatos, aut etiam paupertate vel corporis valetudine laborantes relictos; primum eos in potestatem patronorum redigi et ministerium dominis præbere cogi. Sin autem nec hoc modo admoneantur; vel a Præside emptori addicentur, et pretium patronis tribuetur ». *l.* 6. § 1. MODESTIN. LIB. SINGUL. DE MANUMISSIONIB.

(3) Judices.

ARTICULUS II.

De Alimentis a patrono præstandis.

XXXII. Alimenta, liberto petente, non præstando patronus amissione libertatis causa impositorum et hereditatis punietur. Non autem necesse habebit præstare, etiamsi potest. *d. l.* 6.

TITULUS IV.

DE INSPICIENDO VENTRE, CUSTODIENDOQUE PARTU.

SENATUSCONSULTUM *Plancianum, de quo superiore Titulo actum est, versatur circa speciem in qua mulier post divortium contendit se esse ex viro prægnantem. Duæ species affines in hoc Titulo proponuntur. Prima est; quum divortio facto, vir mulierem ex se prægnantem esse contendit, mulier negat: altera, quum mulier, mortuo marito, se prægnantem contendit.*

ARTICULUS I.

De casu quo vir mulierem esse prægnantem contendit, mulier autem negat.

I. Temporibus Divorum Fratrum quum hoc incidisset, ut maritus quidem prægnantem mulierem diceret, uxor negaret; consulti, Valerio-Prisciano Prætori Urbano rescripseruut in hæc verba: « NOVAM rem desiderare Rutilius-Severus videtur, ut » uxori quæ ab eo diverterat, et se non esse prægnantem profiteatur, custodem apponat. Et ideo » nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium » et remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione: commodissimum est eligi honestissimæ feminæ domum, in qua Domitia (1) » veniat: et ibi tres obstetrices probatæ et artis et » fidei, quæ a te assumptæ fuerint, eam inspiciant. » Et, si quidem vel omnes vel duæ renuntiaverint » prægnantem videri, tunc persuadendum mulieri » erit ut perinde custodem admittat atque si ipsa » hoc desiderasset. Quod si enixa non fuerit, sciat » maritus ad invidiam existimationemque suam » pertinere, ut non immerito possit videri captasse » hoc ad aliquam mulieris injuriam. Si autem vel » omnes vel plures, non esse gravidam renuntiaverint; nulla causa Custodiendi erit ». *L.* 1. ULP. LIB. 24. AD ED.

II. Ex hoc rescripto evidentissime apparet Senatusconsulta DE LIBERIS AGNOSCENDIS (2) locum non habuisse, si mulier dissimularet se prægnantem; vel etiam negaret. Nec immerito (3): partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Post editum plane partum a muliere, jam potest maritus jure suo filium per interdictum desiderare, aut exhiberi sibi, aut ducere permitti extra ordinem. Igitur Princeps in causa necessaria subvenit. *d. l.* 1. § 1.

Secundum quod Rescriptum evocari mulier ad Prætorem poterit, et apud eum interrogari an se putet prægnantem; cogendaque erit respondere. *d. l.* 1. § 2.

III. Meminisse autem oportet, tempus non esse præstitutum Rescripto; quamvis in Senatusconsultis DE LIBERIS AGNOSCENDIS trigiota dies præstituantur mulieri (4). Quid ergo? semper dicemus marito licere uxorem ad Prætorem evocare? an vero et ipsi triginta dies præstituimos? Et putem, Prætorem, causa cognita, debere maritum et post trigiota dies audire. *d. l.* 1. § 9.

IV. *Muliere semel evocata, plures hic occurrunt quæstiones.*

Et 1.° Quid ergo si non responderit, aut non veniat ad Prætorem? Numquid Senatusconsulti pœnam adhibemus; scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge non esse eo contentum maritum, qui se patrem potius optet quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis Prætoris (5), et in Jus venire, et si venit respondere, pignoraque ejus capienda et distrahenda, si contemnat; vel mulctis coercenda. *d. l.* 1. § 3.

2.° Quid ergo, si interrogata dixerit se prægnantem? Ordo Senatusconsultis (6) expositus sequetur. *d. l.* 1. § 4.

3.° Quod si negaverit; tunc, secundum hoc Rescriptum, Prætor debebit obstetrices adhibere. *d.* § 4.

Et notandum, quod non permittitur marito

(1) Uxor Rutilii-Severi quæ se negabat prægnantem.

(2) De quibus præcedenti Titulo actum est.

(3) *Nec immerito* confugiendum fuit ad novum remedium; deficiente si quidem omni auxilio. Nec enim hoc casu viro suppetebat Interdictum *De liberis exhibendis*; quia non est quod exhibeatur antequam editus sit partus: *Partus enim*, etc.

(4) Vid. Tit. præced. N. 3.

(5) Scilicet mulctæ dictione et captis pignoribus; ut mox dicitur.

(6) De quibus Tit. præced.

vel molieri obstetricem adhibere; sed omnes a Prætore adhibendæ sunt. *d. l.* 1. § 5.

Item Prætor domum honestæ matronæ eligere debet, in qua mulier veniat, ut possit Inspici. *d. l.* 1. § 6.

4.° Quid ergo, si Inspici se non patiatur, vel ad domum non veniat? Æque Prætoris auctoritas interveniet (1). *d. l.* 1. § 7.

V. Si omnes vel plures renuntiaverint prægnantem non esse, an mulier possit Injuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto agere eam Injuriarum posse: sic tamen, si injuriæ faciendæ causa id maritus desideravit. Cæterum si non injuriæ faciendæ animo; sed quia juste credidit, vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est, vel ipsa eum illexerat ut crederet, quod, constante matrimonio, hoc fingebat: æquissimum erit ignosci marito. *d. l.* 1. § 8.

ARTICULUS II.

De casu quo mulier, mortuo marito, se prægnantem dicit.

VI. *In hac specie* De Inspiciendo Ventre, Custodiendoque Partu sic Prætor ait: » Si mulier, » mortuo marito, prægnantem se esse dicet; his » ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum, » bis in mense denuntiandum curet; ut mittant, » si velint, Quæ ventrem Inspicient.

» Mittantur autem mulieres liberæ duntaxat » quinque (2). Hæque simul omnes Inspiciant; » dum ne qua earum, dum Inspicit, invita mu» liere, ventrem tangat.

» Mulier in domu honestissimæ feminæ pariat, » quam ego constituam.

» Mulier ante dies triginta quam parituram se » putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet, » procuratoribusve eorum, ut mittant si velint, » Qui ventrem Custodiant.

» In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne » plures aditus sint quam unus. Si erunt ex utra» que parte, tabulis præfigantur. Ante ostium ejus » conclavis, liberi tres et tres liberæ cum binis » comitibus custodiant.

» Quotiescumque ea mulier in id conclave, » aliudve quod, sive in balineum ibit; custodes, » si volent, Id ante prospiciant; et eos qui in» troierint excutiant (3). Custodes qui ante con» clave positi erunt, si volunt, omnes qui con» clave aut domum introierint, excutiant.

» Mulier, quum parturire incipiet, his ad » quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum » denuntiet; ut mittant Quibus præsentibus pa» riat. Mittantur mulieres liberæ duntaxat quin» que; ita ut, præter obstetrices duas, in eo » conclavi ne plures mulieres liberæ sint quam » decem, ancillæ quam sex. Hæ quæ intus futuræ » erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne » qua prægnans sit. Tria lumina, ne minus, ibi » sint: scilicet quia tenebræ ad subjiciendum ap» tiores sunt.

» Quod natum erit, his ad quos ea res perti» net procuratoribusve eorum, Si inspicere volent, » ostendatur.

» Apud eum educatur, apud quem parens jus» serit. Si autem nihil parens jusserit, aut is apud » quem voluerit educari, curam non recipiet; » apud quem educetur, causa cognita, consti» tuam.

» Is apud quem educabitur quod natum erit, » quoad trium mensium sit, bis in mense; ex eo » tempore, quoad sex mensium sit, semel in » mense; a sex mensibus quoad anniculus fiat, » alternis mensibus; ab anniculo quoad fari possit, » semel in sex mensibus ubi volet, ostendat.

» Si cui Ventrem Inspici, Custodirive, adesse » partui, licitum non erit, factumve quid erit » quominus ea ita fiant uti supra comprehensum » est; ei quod natum erit possessionem, causa » cognita, non dabo (4); sive quod natum erit, » ut supra cautum est, Inspici non lic..it. Quas » utique actiones me daturum polliceor his qui» bus ex Edicto meo bonorum possessio data sit, » eas (si mihi justa causa videbitur esse) ei non » dabo ». *d. l.* 1. § 10.

VII. Quamvis sit manifestissimum Edictum Prætoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus. *d. l.* 1. § 11.

Denuntiare igitur mulierem oportet, his scilicet quorum interest partum non edi, vel totam habituris hereditatem, vel partem ejus, sive ab intestato sive ex testamento. *d. l.* 1. § 12.

Et Qui ventri substitutus est vel institutus, si ventrem servare velit, audiendus est. *l.* 3. Paul. lib. 14. ad Plaut.

Sed et si servus heres institutus fuerit, Si nemo natus Sit; Aristo scribit, huic quoque servo, quamvis non omnia, quædam tamen circa Partum Custodiendum arbitrio Prætoris esse concedenda. Quam sententiam puto veram. Publice enim interest partus non Subjici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit. Ideoque etiam servus iste, cum sit in spe constitutus successionis, qualis sit, debet audiri; rem et publicam et suam gerens. *d. l.* 1. § 13.

Denuntiari autem oportet his quos proxima spes successionis contingit: ut puta primo gradu heredi instituto, non etiam substituto (5): et, si intestatus paterfamilias sit, his qui primum locum ab

(1) Scilicet cogetur mulctæ dictione et captis pignoribus, ut supra.

(2) Ita Paulus lib. 2. Sent. Tit. 24. § 8. *Venter inspicitur per quinque obstetrices; et quod maxima pars earum denuntiaverit, pro vero habetur.*

(3) Ne forte partus supponatur.

(4) Causa cognita, denegabo possessionem Carbonianam quæ ventri datur: de qua infra lib. 37. Tit. *de Carbon. Edict.*

(5) Id est, ei qui substitutus est huic heredi instituto cui denuntiatio fieri debet: secus, si ventri substitutus sit; ut mox supra l. 3.

intestato tenent: si vero plures sint simul successuri, omnibus denuntiandum est. *d. l.* 1. § 14.

VIII. *Non solum his quos proxima spes hereditatis defuncti mariti contingit, sed generaliter omnibus quorum proxime interest, Partum Custodire permittendum est: ut liquet ex specie sequenti.* Is a quo Si sine liberis decessisset, quidquid ad eum ex bonis pervenisset, sorori fidei commissum relictum erat, decessit posthuma herede instituta et substitutis aliis. Quæsitum est, cum uxor defuncti prægnantem se dicat, an sorori (1) procuratorive ejus, secundum formam Edicti, Ventrem Inspicere, et Partum Custodire permittendum sit? Respondi, In ejusmodi specie de qua quæreretur, posse videri ad ejus cui fideicommissum datum esset sollicitudinem perspiciendum; idque causa cognita statuendum. *l.* 4. Scævola lib. 20. digest.

IX. *Prætor, si ea quæ servari jubet servata non fuerint, hoc Edicto partui bonorum possessionem denegat.*

Hinc Edictum De Custodiendo Partu derogatorium est ejus quod ad Carboniani Decreti exemplum comparatum est. *l.* 2. Julian. lib. 24. digest.

Sed hoc aliquando remittere Prætor debet; si non malitia sed imperitia mulieris factum fuerit, ne Venter Inspiceretur aut Partus Custodiretur. *d. l.* 2. § 1.

Enimvero Quod Prætor ait, Causa cognita se possessionem non daturum, vel actiones denegaturum; eo pertinet, ut, si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his quæ Prætor servari voluit, non obsit partui. Quale est enim, si quid ex his quæ leviter observanda Prætor edixit, non sit factum, partui denegari bonorum possessionem? sed mos regionis inspiciendus est; et secundum eum et observari Ventrem et partum et infantem oportet. *sup. d. l.* 1. § *fin.*

(1) Ratio dubitandi erat quod, cum defunctus alios heredes scripserit, spes hereditatis defuncti illam non contingebat. Ratio decidendi est, quod alia ratione ejus intersit; scilicet propter fideicommissum ei a defuncto, *si sine liberis decederet* institutus, relictum.

TITULUS V.

SI, VENTRIS NOMINE, MULIERE IN POSSESSIONEM MISSA, EADEM POSSESSIO DOLO MALO AD ALIUM TRANSLATA ESSE DICATUR.

Vidimus *superiore Titulo quomodo occurratur delicto mulieris quæ, mortuo marito, partum supponere vellet. Transeunt Pandectarum ordinatores ad aliam speciem delicti mulierum, quæ* Ventris nomine *missæ in Possessionem bonorum viri, eam dolo ad alium transferrent.*

Hujus delicti coercendi causa proposuit Prætor Edictum quod hoc Titulo exponitur.

I. Hoc edicto rectissime Prætor prospexit; ne, dum in favorem partus, Possessionem pollicetur, aliis prædæ occasionem præbeat. *l.* 1. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Idcirco constituit actionem in mulierem, quæ in alium hanc Possessionem dolo malo transtulit. *d. l.* 1. § 1.

Dolo *autem* facit mulier, non quæ in possessionem venientem non prohibet; sed quæ circumscribendi alicujus causa clam et per quamdam machinationem in Possessionem introducat. *l.* 2. Paul. lib. 37. ad Ed.

II. Non solum mulierem Prætor coercet, verum eum quoque in cujus potestate ea fuerit: scilicet si dolo ipsorum alius in Possessionem fuerit admissus. *sup. d. l.* 1. § 1. ¶ *non solum.*

Et si filiafamilias sit quæ dolo fecit, in patrem dabitur actio; si quid ad eum pervenerit. *d. l.* 1. § 5.

Si et patris et filiæ factum arguetur; in alterum quem actor velit (1) reddenda est actio; Quia in id quod agentis interest, datur. *sup. d. l.* 2. § 1.

III. *Prætor ergo* Actionem in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit ejus qui experitur. *sup. d. l.* 1. § 1. ¶ *fin.*

Ideo si id quod ei abest ab eo qui in Possessione est (2) servari possit; præter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei hæc actio. *sup. d. l.* 2. § 1. ¶ *fin.*

Interest autem ejus qui experitur, admissum alium in Possessionem non fuisse: cum forte bona fide fructus perceptos consumpserit; aut si prædo venerit in Possessionem, a quo fructus consequi

(1) Non in utramque personam; quia hæc actio datur in id quod ejus interest. Non debet autem actor id ab utroque consequi: nec enim bona fides patitur ut bis idem exigatur.

(2) Male legitur in Florentin. *in potestate*. Substituendum *in possessione*; ut recte Cujacius et veteres DD. observant.

non possit quia solvendo non est. *sup. d. l.* 1. § 3.

IV. Hæc actio etiam post annum dabitur, quia rei habet persecutionem. *d. l.* 1. § 4.

V. Necessario Prætor adjecit: Ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere. Coget autem eum decedere, non Prætoria potestate vel manu ministrorum; sed melius et civilius faciet, si eum per Interdictum ad Jus ordinarium remiserit. *d. l.* 1. § 2.

TITULUS VI.

SI MULIER, VENTRIS NOMINE, IN POSSESSIONE CALUMNIÆ CAUSA ESSE DICETUR.

Aliam *adhuc doli speciem in muliere vindicat Edictum quod hoc Titulo proponitur; scilicet ejus quæ* Calumniæ causa, *cum sciret se non esse prægnantem, mitti se in Possessionem curavit.*

§ 1. *Ex qua causa hoc Edictum proficiscatur, et quando huic sit locus.*

I. Et hoc Edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius. Debet enim Prætor, quemadmodum facilis est circa bonorum Possessionem dandam mulieri Ventris Nomine, ita Calumniam ejus impunitam non relinquere. *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Per Calumniam autem In possessione fuisse videtur, quæ sciens prudensque se prægnantem non esse, voluit in Possessionem venire. *d. l.* 1. § 2.

§ 2. *Cui et adversus quem actio ex hoc Edicto competat.*

II. Competit autem hæc actio ei cujus interfuit in Possessionem missam non esse; ut puta vel coheredi. (1) speranti partum, vel ei qui substitutus fuit, vel qui ab intestato (si partus non fuisset) succedere potuit. *d. l.* 1. § 6.

III. *Non solum autem adversus ipsam mulierem, sed et* In parentem etiam Prætor actionem pollicetur; si modo per eum factum sit ut in Possessionem per Calumniam veniret. *d. l.* 1. § 5.

Quod Si dolus filiæfamilias intervenerit, et particeps doli fuerit pater, suo nomine tenebitur. *d. l.* 1. § *fin.*

§ 3. *Quid in ea actione veniat.*

IV. *Sicut in præcedenti Edicto;* Simili modo et hic, quanti agentis interfuit, Prætor actionem pollicetur. *d. l.* 1. § 4.

Interesse autem videtur primum de alimentis quæ in ventrem sunt erogata. Nec enim alias hæc repetuntur nisi per Calumniam in Possessionem venit. Cæterum si res Calumnia caret, nihil præstabit mulier, quæ [a] sine causa alta est sub prætextu ventris. *d. l.* 1. § 7.

Nonnunquam augebitur quod interest; si quis forte dubitans an prægnans sit, exclusus sit hereditate (2). Nam heredi ejus qui exclusus est, dandam hanc actionem Julianus ait; si quidem ejus quoque interfuit, non fuisse Calumniæ Causa In Possessione Mulierem: quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus heredi suo locupletiorem hereditatem suam relinqueret. Sed et hoc imputatur mulieri, quod diminuta sunt multa in hereditate; dum hic contemplatione ventris non attigit hereditatem. *d. l.* 1. § 8.

Idem Julianus libro 19 Digestorum sic ait: Si substitutus (3), manente muliere in Possessione, decesserit; heres ejus eadem actione pretium hereditatis a muliere exiget. *d. l.* 1. § 9.

Sed, an decedant legata cæteraque onera hereditatis, videndum? Et mihi videtur posse dici legatarios potius cum muliere usuros hac actione: quia et ipsorum interfuit adiri hereditatem. *d. l.* 1. § 10.

Libertati plane subveniendum erit adversus eum qui propter hereditatem hac actione egit; scilicet ut fideicommissarias cogatur is præstare qui pretium utique etiam eorum consequitur. Sed et directis credo Prætorem succurrere oportere, ut interventu suo tueatur eorum libertatem. *d. l.* 1. § 11.

§ 4. *Quandiu hæc actio duret, et qua exceptione excludatur.*

V. Hanc autem actionem Prætor intra annum utilem pollicetur, ultra non; videlicet quasi (4) pœnalem. *d. l.* 1. § 3.

(1) Qui alioquin solus possedisset hereditatem.

[a] *Florent.* qua.

(2) Infra mox exemplum subjicitur ex eadem l. 1. § 9. Scilicet si substitutus posthumo instituto, præmortuus sit; dum credit falso mulierem esse prægnantem posthumo, et ideo non potest adire hereditatem quam nondum sibi delatam existimat. Potest etiam poni species in instituto herede; qui vero prætęrito, dum dubitatur de viribus testamenti, adire non potest; et interim mortuus est.

(3) Ventri.

(4) Eo nimirum sensu quod mulier in pœnam suæ Calumniæ, huic actioni sit obnoxia. Cæterum non est propria pœnalis, cum non pœnam, sed id duntaxat quod interest, persequatur.

VI. *Excluditur autem hæc actio exceptione jurisjurandi. Nam* Si de possessione Ventris Nomine quæratur; et deferente herede mulier juraverit prægnantem se esse; servandum est jusjurandum: nec tenebitur mulier quasi Calumniæ Causa fuerit In possessionem missa, nec vis ei facienda est post jusjurandum. Si tamen peperit; quæretur veritas, an ex eo prægnans fuerit. Alteri enim non prodest, nec nocet jusjurandum inter alios factum: nec partui igitur nocebit. *d. l.* 1.

TITULUS VII.

DE CONCUBINIS.

Ad *Calcem tractationis de nuptiis, subjicitur Titulus de Concubinatu; propter utriusque conjunctionis affinitatem.*

Enimvero Concubinatus nomine apud Romanos non injusta et nefaria conjunctio intelligenda est, sed quoddam juris naturalis matrimonium Legibus permissum, quod perpetuam et individuam vitæ societatem contineret ex voto contrahentium, non secus ac nuptiæ: quamvis facile posset ex sola pœnitentia dissolvi. Hoc ergo a nuptiis differt, quod hæ sint conjunctio civilis et proprie loquendo Legitima; *Concubinatus autem, utpote naturalis tantum, Lege quidem permittente contrahitur, at non ex Lege: unde et minus proprie* Legitima *dicitur, et civilia jura non parit. Hinc qui ex Concubinatu nascuntur, non sunt Justi liberi; nec ipsi jura familiæ et gentis habent, nec pater in ipsos jus patriæ potestatis: neque tamen Spurii sunt quales ex furtivis prohibitisque conjunctionibus aut vulgivaga Venere procreantur, sed nomine proprio dicti* liberi Naturales; *quibus etiam Jure novissimo quædam jura in bonis patris deficiente legitima sobole servantur: ut videbimus suo loco. Hinc et concubina non habet civile uxoris nomen; thori et mensæ particeps duntaxat, non etiam Titulorum ac dignitatum viri. Inde est pariter quod talis conjunctio dotem non habeat. Hinc etiam quemadmodum sine ullo ritu contrahitur, ita nuda voluntate et absque ulla solennitate distrahitur. Uno verbo, ea quæ in nuptiis sunt Juris Civilis, Concubinatus non habet; quæcumque autem Juris naturalis sunt, utrique conjunctioni sunt communia.*

I. Concubinatus *igitur est permissa viri et mulieris conjunctio quæ matrimonium imitatur.*

Unde si quis Concubinam habuerit; Nec adulterium (1) per Concubinatum ab ipso committitur. Nam quia Concubinatus per Leges (2) nomen assumpsit, extra Legis pœnam est: ut et Marcellus libro 7 Digestorum scripsit. *l.* 3. § 1. Marcian. lib. 12. instit.

Circa Concubinatum tria hic quæremus, 1.° *Quando Concubinatus intelligatur, et quandiu duret;* 2.° *Quam mulierem in Concubinatu habere liceat;* 3.° *Quis possit habere Concubinam.*

§ 1. *Quando Concubinatus intelligatur et quandiu duret.*

II. Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet. *l.* 4. Paul. lib. 19. respons.

Concubina igitur ab uxore solo delectu (3) separatur. Paul. sent. *tit.* 20. § 1.

Et quidem magis pro Concubina quam pro uxore quis habere intelligitur eam cum qua nuptias contrahere non posset.

Contra In liberæ mulieris consuetudine; non Concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt; si non corpore (4) quæstum fecerit. *l.* 24. *ff. de Ritu nupt.* Modest. lib. 1. regular.

III. *Tandiu Concubinatus durat, quandiu voluntas non mutatur.*

Hinc Si patronus libertam Concubinam habens, furere cœperit: in Concubinatu eam esse, humanius dicitur. *l.* 2. Paul. lib. 12. ad L. Jul. et Pap.

§ 2. *Quam mulierem in Concubinatu habere liceat.*

IV. Cum Atilicino sentio: et puto solas eas in Concubinatu habere posse sine metu criminis (5), in quas stuprum non committitur (6). *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 2. ad L. Jul. et Pap.

Quæ autem illæ sint, tradit Marcianus. Nimirum In Concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua; et maxime ea quæ obscuro loco nata est vel quæstum corpore fecit. Alioquin si honestæ vitæ et ingenuam mulierem in Concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente (7)

(1) Id est, stuprum.

(2) Intellige Leges Juliam et Papiam.

(3) Id est, solo animi destinatione. Ita recte legit Cujacius: vulgo male legitur *solo delicto;* quæ lectio sensu caret.

(4) Hoc enim casu intelligitur esse concubinatus; quia nuptiæ cum tali muliere interdicuntur ingenuis; ut vid. supra lib. 23. *de Ritu nupt.*

(5) Stupri.

(6) Id est, solas viles personas: in eas enim Stuprum non cadit; ut videb. infra lib. 48. Tit. *ad Leg. Jul. de Adult.* Part. 2.

(7) *Manifestum faciente* eam se in Concubinatum dedisse.

non conceditur : sed necesse est ei vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem (1) stuprum cum ea committere. *sup. d. l.* 3.

V. *Præterea eam non licet habere Concubinam; cum qua conjungi Jure Gentium nefas sit.*

Hinc Etiamsi Concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam; incestum committitur. *l.* 56. *ff. de Ritu nupt.* ULP. LIB. 3. DISPUT.

Similiter Si qua in patroni fuit Concubinatu, deinde in filii esse cœpit, vel in nepotis, vel contra; non puto eam recte facere : quia prope nefaria est hujusmodi conjunctio, et ideo hujusmodi facinus prohibendum est. *sup. d. l.* 1. § 3.

Eas autem quas Jure duntaxat Civili ducere uxores non licet, possumus habere Concubinas.

Hinc Quid damnatam adulterii in Concubinatu habuit, non puto Lege Julia DE ADULTERIIS teneri; quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur. *d. l.* 1. § 2.

Item Concubinam ex ea provincia in qua quis aliquid administrat, habere potest (2). *l. fin.* PAUL. LIB. 2. SENT.

Denique Cujuscumque ætatis Concubinam habere posse, palam est : nisi minor annis duodecim sit. *sup. d. l.* 1. *§ fin.*

§ 3. *Cui liceat habere Concubinam.*

VI. *Permittitur Concubinam habere cœlibi duntaxat. Unde* Eo tempore quo quis uxorem habet, Concubinam habere non potest. PAUL. SENT. *lib.* 2. *tit.* 20. § 1.

Hoc confirmavit Constantinus : Nemini licentia concedatur constante matrimonio Concubinam penes se habere. *l. un. Cod. h. tit.*

(1) *Recusantem* scilicet testationem super ea re facere.

(2) Non vero uxorem : supra lib. 23. Tit. *de Rit. nupt.* N. 52.

APPENDIX

Ad tres libros superiores.

In qua exponitur Jus Codicis et Novellarum.

De Lucris Nuptialibus, et secundarum Nuptiarum pœnis.

CAPUT PRIMUM.

De Lucris Nuptialibus.

I. LUCRUM NUPTIALE *proprie appellatur quod conjux ex alterius conjugis bonis, propter matrimonium seu matrimoniale pactum, lucratur; scilicet quod mulier soluto morte viri matrimonio ex ejus donatione* Propter-nuptias *consecuta est, aut quod vir soluto morte mulieris matrimonio ex dote ejus retinuit.*

Nec refert ipsa mulier an alius (et quidem extraneus) pro ea dotem dederit: perinde est enim ac si extraneus, id quod dedit, primum mulieri dedisset, et mulier postea in dotem viro attulisset; adeoque quod ex ea dote vir soluto morte mulieris matrimonio retinet, Lucrum Nuptiale ab uxoris bonis profectum intelligitur. Vice versa nil refert an ipse maritus an alius pro eo donationem Propter-nuptias *constituit.* l. 5. *Cod.* de Secund. nupt.

Pro lucro Nuptiali etiam habetur, quidquid conjux ex quovis liberalitatis titulo ab altero conjuge accepit : puta ex testamento, aut ex donatione quæ morte donatoris confirmata sit.

II. *Ante novellam XCVIII, quamdiu parens ad alias nuptias non convolabat, nullum jus proprium habuerunt in Lucris Nuptialibus liberi ex conjugio unde profecta erant suscepti : poteratque parens qui hæc consecutus erat, de his libere disponere etiam erga extraneos aut præcedentis matrimonii liberos.*

Hoc tamen beneficium liberis concesserant Honorius et Theodosius; ut quidquid mater ipsorum ex sponsalitia ipsorum patris largitate (id est, Propter-nuptias *donatione) perceperit, si de eo mater ipsorum non disposuerit, possint sibi ab intestato totum vindicare, exclusis præcedentis matrimonii liberis.* l. 4. *Cod.* de Secund. nupt.

Theodosius et Valentinianus eodem beneficio liberos gaudere voluerunt, in his quæ pater ipsorum ex dote matris ipsorum lucratus esset : scilicet ut, si pater ipsorum de his non disposuerit, possint eas res ut maternas sibi vindicare ; quemadmodum, quum mulier superstes fuit quæ aliquid ex donatione Propter-nuptias *lucrata de eo non disposuit, possunt hoc ut paternum sibi vindicare.* sup. d. l. 5. Cod. d. t.

III. *Ita demum autem ad hæc Lucra liberi admittebantur, si parens de his non disposuisset. Justinianus vero definivit primum, satis esse ad excludendos liberos, parentem de his bonis vel*

generaliter disposuisse heredem instituendo. l. 8. § 2. Cod. d. tit.

At rursus contra statuit non aliter liberos ab his Lucris excludi; nisi parens qui ad secundas nuptias non convolavit, expresse de his aut vivens alienando, aut etiam moriens et per ultimam voluntatem disposuerit. Expressa autem hujusmodi dispositione cessante; si extraneos ex parte aut etiam ex asse heredes scripserit, non ideo minus hæc Lucra in solidum filios sibi vindicaturos; propter tacitam voluntatis parentis præsumptionem: eademque ratione filios quamvis ex inæqualibus partibus heredes scriptos, tamen ea Lucra in viriles partituros. Novell. XXII. cap. 20. § 2.

IV. *Totum hoc Jus quod ex præcedentibus Constitutionibus obtinebat, immutatum est Novella XCVIII. cap.* 12. *quæ statuit ut, quamvis mulier quæ ex donatione* Propter-nuptias *aut vir qui ex dote aliquid lucrati fuerint, ad secundas nuptias non convolent; nihilominus usufructu contenti, hæc Lucra filiis servare teneantur, nec de his possint disponere.*

Postea Novella CXXVII. cap. 3. *voluit Justinianus ut parens ad alta vota non convolans, in horum Lucrorum proprietate virilem cum liberis habeat, in reliquo usumfructum.*

V. *Observandum autem quod ex jam ante dicta Theodosii et Valentiniani Constitutione possint liberi, si præmortui parentis hereditatem repudiaverint, hæc Lucra, tanquam bona parentis qui ea lucratus erat, sibi vindicare; modo tamen ejus qui posterior mortuus est, adierint hereditatem* sup. d. l. 5. § 1. *Cod.* de Sec. nupt.

Leo autem et Anthemius definiunt, Lucra hæc de quibus non disposuit parens qui ad secunda vota non convolavit, licere liberis vindicare Etiam non adeuntibus hereditatem Parentum. *l.* 6. *§ fin. Cod. d. tit.*

His verbis significare videntur dicti Imperatores, liberis hoc licere etiamsi neutrius parentis hereditatem adierint, nec ejus a quo Lucra profecta sunt et qui prior mortuus est, nec ejus qui hæc lucratus posterior decessit. Verum Justinianus in l. 8. § 3. Cod. d. tit. *rem sic explicat; ut ita demum liceat liberis qui non adierunt parentis hereditatem hæc Lucra sibi vindicare, si nulli alii liberi ex anteriore matrimonio nati eam adierint.*

Novella autem XXII. cap. 20. *hoc immutavit; constituto ut in his Lucris liberi qui repudiaverint parentum hereditatem, æque cum eis qui eam adierint concurrant.*

VI. *Item observandum, hæc jura liberis ita competere nisi erga parentes ingrati fuerint.* Novell. XXII. *cap.* 21.

VII. *Hactenus de Lucris Nuptialibus quæ, soluto morte conjugis matrimonio, superstes ex præmortui bonis consequitur.*

Justinianus autem d. Novella XXII. cap. 30. *jus quod circa hæc Lucra liberis datum est, porrexit et ad ea quæ matrimonio, per divortium sive bona gratia sive alterutrius culpa acciderit, aut per quemvis alium modum soluto, mulier ex donatione* Propter-nuptias *prioris viri, aut vir ex dote prioris conjugis lucrati sunt.*

In eadem causa est Quarta pars bonorum conjugis cujus culpa divortium contigit; quam alter conjux lucratur ex l. 11. *Cod.* de Repud. *quum nulla sibi erat dos aut donatio* Propter-nuptias *quam lucrari posset.*

VIII. *Et hæc quidem de Lucris Nuptialibus, in casu quo conjux superstes ad alia vota non convolasset. Quid autem obtineat eo casu quo convolavit, patebit ex dicendis Capite sequenti.*

CAPUT SECUNDUM.

De pœnis secundarum Nuptiarum.

Secundarum nuptiarum nomine, non secundæ tantum sed et tertiæ et ulteriores significantur.

Quamvis secundæ illæ nuptiæ licitæ sint, imo et laudabiles cum ad augendam civibus Rempublicam conducant; eas tamen favore liberorum prioris matrimonii certis pœnis astringi placuit: præcipue ne superstes conjux qui sobolem ex priori matrimonio posterioribus votis posthabuit, eam quoque lucris quæ prioris conjugis morte sibi obvenerunt posset ullo modo defraudare. Quod si liberi non sint, his pœnis non est locus.

Ex his pœnis quædam viro et mulieri communes sunt, quædam mulieri speciales.

ARTICULUS I.

De pœnis quæ viro aut mulieri ad secundas nuptias convolantibus communes sunt.

§ 1. *Prima pœna: ut prioris matrimonii liberis lucra serventur.*

IX. *Ex Constitutione Gratiani, Valentiniani et Theodosii* (*l.* 3. *Cod.* de Secund. Nupt.) *adversus mulierem quæ post mortem prioris viri, extantibus ex priore conjugio liberis ad secundas nuptias convolat, pœna constituta est; quam postea Theodosius II et Valentinianus II ad virum qui post mortem prioris uxoris convolat, porrexerunt.* l. 5. Cod. d. tit.

In eo hæc pœna consistit ut quod vir ex dote prioris uxoris, mulierve ex donatione Propter-nuptias *prioris viri lucrati sunt; undecumque hæc dos donatiove* Propter-nuptias *profecta, et a quocumque constituta fuerit, sive ab ipso viro vel muliere, sive ab alio pro eis; item quidquid alteruter ex quacumque prioris conjugis liberalitate consecutus fuerit; totum hoc liberis prioris conjugii vel ei ex illis quem elegerent* (*quod jus electionis postea Novell. II. cap.* 1 *et XXII. cap.* 25. *parenti ademptum est*) *servare teneatur; nec possit quidquam ex his rebus in extraneos aut in alterius matrimonii liberos alienare.* sup. d. ll. 3 *et* 5. *Cod.* de Secund. nupt.

X. *Justinianus autem constituit, ut etiam eo casu*

quo prius matrimonium divortio solutum esset, conjux qui convolaret, teneretur pariter ea quæ ex causa divortii ex bonis prioris conjugis lucratus esset, liberis prioris conjugii servare. Nec requirendum quæ causa divortio locum dederit. l. 9. Cod. d. tit. *et* Novell. XXII. cap. 30.

Uno verbo, conjux qui ad secunda vota convolat, quolibet casu excidit earum rerum proprietate; quæ ad liberos prioris matrimonii transfertur: usufructu duntaxat ipsi servato. sup. d. l. 5. Cod. *Et quidem retro excidisse intelligitur; adeo ut, si quid ante alienaverit, revocetur.* Novell. II. cap. 2.

XI. *Pro restitutione earum rerum Leo et Anthemius dederunt liberis prioris conjugii in bonis mulieris quæ ad secundas nuptias convolavit, tacitam hypothecam ex die quo res illæ ad eam pervenerunt.* l. 6. § 2. *Cod.* de Secund. nupt.

Quod jus et ad virum Justinianus porrexit. l. 8. § 4. Cod. d. tit.

XII. *Ad hæc lucra liberi prioris conjugii admittuntur, etsi non sint heredes conjugis præmortui;* l. 5. Cod. d. tit. *Imo etsi neutrius:* Novell. XXII. cap. 26.

Cæterum ita demum admittuntur, si non fuerint ingrati erga parentes: quod vitium debet Appelatæ *monstrari.* d. cap. 26.

XIII. *Observandum quod si quis ex filiis prioris matrimonii, ante secundas parentis nuptias mortuus fuerit, legitima sobole relicta; jure repræsentationis soboles ejus admittatur in portionem quam habuisset si vixisset.* l. 8. *Cod.* de Secund. nupt.

Si post contractas secundas parentis nuptias decesserit; transmittet ad suos liberos vel eum quem ex his elegerit, portionem quæ ipsi ex secundis parentis nuptiis quæsita est.

Quod si absque legitima sobole decesserint post secundas parentis nuptias, liberi prioris matrimonii, vel omnes, vel aliqui eorum; etiam ad extraneos hæredes portionem quisque suam transmittit. Sed ex portione uniuscujusque sine sobole præmortui retinebit parens qui convolavit, id quod in casum orbitatis ex ea portione habiturus fuisset.

Res exemplo illustranda est. Finge convenisse ut extantibus liberis, vir præmortuæ mulieris dotem vel uxor præmortui viri donationem Propter-nuptias, *totam lucraretur: nullis extantibus liberis dimidiam: deinde præmortuo viro tribus superstitibus liberis, mulierem lucri fecisse donationem quæ triginta erat; et hujus proprietatem convolando ad secunda vota amisisse. Eo casu, si unus postea ex filiis prioris matrimonii præmoriatur; revertetur ad matrem dimidia portionis quam hic filius habet in proprietate donationis* Propter-nuptias *patris sui. Cum Igitur hæc portio sit decem, redibunt ad matrem quinque ex donatione* Propter-nuptias: *reliquum autem hujus portionis, ad cæteros filii præmortui successores sive fratres ejus sint, sive extranei, perveniet.*

Pari ratione, si omnes præmortui fuerint; dimidia totius donationis Propter-nuptias, *ad matrem revertetur: altera dimidia ad eorum successores pertinebit, sive ipsa mater sit, sive alii.*

Idem de patre dictum puta. Et hæc ita a Justiniano constituta discimus, tum ex ipsius Constitutione (quam ex Basilicis restituit Cujacius) l. 11. Cod. de Secund. nupt. *tum ex Novell. II. cap. 2. et XXII. cap.* 26.

XIV. *Singulare erat in usufructu quem prior vir mulieri per ultimam voluntatem reliquisset; ut mulier quæ ad secundas nuptias convolaret, ab eo usufructu statim excideret: quod constituerant Valentinianus, Theodosius et Arcadius:* l. *un. Cod.* Si secundo nupser. mul. *Quod Jus porrectum fuisse ad virum, discimus ex Justiniano in sua Novella XXII. cap. 32. ubi illud abrogat.*

§ 2. *Altera pœna: Ne secundo conjugi ultra donetur quam uni ex liberis minus capienti.*

XV. *Altera pœnæ species adversus viros et feminas qui liberis, sive primi gradus, sive ulterioris, ex præcedenti matrimonio extantibus, ad secundas nuptias convolant, continetur Constitutione Leonis et Anthemii: qua cavetur ut secundo viro vel secundæ uxori, sive dotis, sive donationis* Propter-nuptias, *sive alio quocumque liberalitatis titulo, dare ultra non possint quam quod consequi ex ipsorum facultatibus potuerit ille ex ipsorum liberis cui minus reliquerunt; ita tamen ut legitima singulis liberis debita nullo modo minuatur. Si quid ultra dederint, habeatur pro non scripto; et a liberis prioris matrimonii vindicetur.* l. 6. *Cod.* de Secund. nupt.

Ex Constitutione autem Justiniani; hoc quod ultra dedissent, inter omnes cujuscumque matrimonii liberos dividitur. l. 9. de Cod. d. tit.

At rursus ex Novella XXII. cap. 27. hoc solis liberis prioris matrimonii conceditur: exclusis ex eorum numero, si qui erga parentes ingrati extiterint.

An autem plus dederit conjux, tempore mortis donatoris inspicietur. d. Novell. cap. 28.

Sed quia dos donatiove Propter-nuptias, *quemadmodum augeri constante matrimonio, ita etiam minui poterat: eadem Novella cap. 31. statuit ut id quod semel, plus quam per Legem Leonis licet, secundo conjugi datum est, non possit amplius, constante matrimonio, minui; ne lucrum illud eripiatur prioris matrimonii liberis.*

ARTICULUS II.

De pœnis quæ propriæ sunt mulieri ad secundas Nuptias convolanti.

XVI. *Vidimus commune esse viro et mulieri ad secundas nuptias convolantibus, ut Lucra prioris matrimonii liberis servare teneantur. At vero ex supra dicta Leonis et Anthemii Constitutione (l. 6. Cod.* de Secund. Nupt.) *mulieri hoc proprium est eo casu quo lucrum illud in rebus mobilibus consistit, ut, si res illæ a priore viro sibi donatæ aut relictæ nondum traditæ sunt, non possit eas exigere;*

nisi fidejussorem det de his restituendis, aut pretio earum, liberis suis.

Sed et si ipsi jam traditæ sunt, et fidejussorem non dederit; si liberi ei fidejussorem offerant de solvendo ei pro usufructu earum tertiam Centesimæ (1) *usuræ; debebit eas res liberis suis restituere.* d. l. 6. § 1. *Cod.* de Secund. nupt.

Ex Novella XXII. cap. 45. *mulier, etiamsi cautionem offerat, non poterit res nondum sibi traditas exigere; sed contenta esse debebit ut liberi caveant ipsi de præstandis trientibus usuris: nisi forte res illæ præsto essent apud liberos ejus et facilis earum traditio; tunc enim datur electio matri, si velit res ipsas (aurum puta et argentum aut vestes, aut aliud simile sibi donatum) accipere cum cautione, aut prædictas recipere usuras.*

XVII. *Ex Constitutione Gratiani, Valentiniani, et Theodosii; mulier quæ ad secundas Nuptias convolavit, quemadmodum lucra prioris matrimonii, ita et quod ex hereditate testamentaria aut legitima alicujus ex liberis prioris matrimonii, post secundas Nuptias mortui perceperit, liberis prioris matrimonii servare tenetur usufructu duntaxat ipsi relicto.* l. 3. § 1. *Cod.* de Sec. nupt.

Theodosius II et Valentinianus II hoc obtinere voluerunt quoad illa quæ ex bonis patris habuisset filius, cui successit mater quæ ad secunda vota convolavit. In cætera autem filii bona pleno jure eam succedere statuunt. l. 5. *Cod.* Ad SC. Tertull.

Tandem Novella II. cap. 3. *hæc pœna abrogata est: constitutumque ut mater quamvis ad secunda vota convolaverit, pleno jure succedat filiis prioris conjugii præterquam in lucris nuptialibus quæ ab ipsa ad eos liberos transierunt, et quorum proprietate convolando excidit.*

Novella XXII. cap. 46. *hoc adhuc inmutatum. Constituit enim Justinianus ut mater binuba, filiis prioris matrimonii ex testamento quidem succedat pleno jure; ab intestato autem in his quidem quæ filius aliunde quam ex substantia paterna haberet, etiam pleno jure cum fratribus et sororibus defuncti succedat; in his autem quæ ex susbstantia paterna filius habebat, succedat duntaxat quoad usumfructum.*

XVIII. *Est etiam hæc pœna propria mulieri* (2) *quæ secundo nupsit; ut quod liberis prioris matrimonii donavit, non possit revocare ob causam ingratitudinis, nisi sit atrocissima: scilicet si vitæ ipsius insidiati fuerint, aut impias manus intulerint, aut omnem substantiam ejus evertere moliti sint.* Novell. XXII. cap. 35.

CAPUT TERTIUM.

De pœnis mulieris quæ intra annum luctus nubit, aut adversus jusjurandum quod præstiterat.

XIX. *Vir confestim ex quo prius matrimonium solutum est, licite aliam ducit uxorem. Mulieri autem (ut jam supra vidimus lib.* 3. *Tit.* de His qui not. infam.) *præstitutus est annus luctus prioris viri: intra quod tempus si secundas nuptias contrahat, Infamia notatur.*

Præter hanc infamiæ pœnam, aliis adhuc subjacet pœnis ex Constitutione Gratiani, Valentiniani et Theodosii. l. 1. *Cod.* de Secund. nupt.

Scilicet 1.° *Ut a lucris prioris matrimonii prorsus excidat: quæ lucra cedent liberis ejus, si quos habet, aut etiam ascendentibus aut collateralibus usque ad secundum gradum præmortui conjugis; sin, a fisco vindicabuntur.*

2.° *Ut secundo marito ultra tertiam partem suorum bonorum donare non possit.*

3.° *Ut ab extraneis nihil possit consequi mortis causa; id tamen quod ei relictum fuerit, non cedat fisco, sed pro non scripto habeatur.*

4.° *Ut nec etiam ab intestato propriis cognatis ultra tertium gradum succedat.*

Eadem repetuntur Novell. XXII. cap. 22. *ex qua præterea statuitur mulierem, si liberos non habet, posse a Principe impetrare remissionem infamiæ et harum pœnarum remissionem a Principe deprecari, nisi huic soboli dimidiam facultatum suarum quas habuit quum convolavit, donet pure et pleno jure: quæ res ad matrem non redibunt nisi liberi omnes præmortui fuerint, et de his inter vivos aut testamento non disposuerint.*

Idem prius statutum fuerat. l. 4. *Cod.* Ad SC. Tertullian.

XX. *Prædicta Novella XXII. cap.* 40. *eisdem pœnis et infamiæ subjecit mulierem quæ etiam post annum luctus, adversus jusjurandum quod de iterum non nubendo præstiterat ad secundas nuptias convolavit: quarum remissionem pariter impetrare poterit, donando liberis dimidiam partem bonorum suorum.*

Verum hoc jusjurandum quod mater ad capescendam liberorum suorum tutelam interponebat, penitus abrogavit Novella XCIV. cap. 2. *quia totidem perjuriis faciebat locum.*

Scholium.

Præter has pœnas novissimo Jure Codicis et Novellarum introductas, quibus subjacet mulier ad secunda vota transvolans; sunt et aliæ pœnæ quæ vel etiam Jure Digestorum obtinebant, vel de quibus alibi latius.

V. G. 1.° *Ut mulier dignitate et titulis prioris viri spolietur: supra lib.* 1. *Tit.* de Senatorib. *N.* 6. *Quod confirmatum Novella XXII. cap.* 36.

2.° *Ut tutelam liberorum suorum amittat: de qua re infra, lib.* 26. *Tit.* de Legit. tutorib. *N.* 12.

3.° *Imo ut ipsi educatio liberorum prioris matrimonii denegetur: infra lib.* 27. *Tit.* Ubi pupill. educ. *N.* 2.

(1) *Quatre pour cent: le denier* 25.

(2) Recte Cujacius observat hanc pœnam (ut et superiores) ad virum non porrigendas. Scilicet Romanorum moribus, major patri quam matri exhibebatur reverentia.

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS I.

DE TUTELIS.

Ab actionibus quæ ex variis contractibus descendunt, proclivis est transitus ad illas quæ ex quasi-contractibus nascuntur. Est autem quasi-contractus species, Tutelæ vel Curæ administratio : ut vid. in Instit. Tit. de Oblig. quæ ex quasi-contract. *Quapropter ea quæ ad Tutelas Curationesque pertinent, in hoc libro et sequenti exponuntur. Exordioque sumpto a* Tutelis, *generalia quædam circa hanc materiam in hocce primo Titulo præmittuntur.*

I. Tutela est, ut Servius definit, vis (1) ac potestas in capite libero (2), ad tuendum (3) eum qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, Jure Civili data (4) ac permissa. *l.* 1. Paul. lib. 38. ad Ed.

Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent : exque re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur Tutores quasi tuitores atque defensores; sicut Æditui dicuntur, qui ædes tuentur. *d. l.* 1. § 1.

Tutela est munus publicum, quatenus publica auctoritate datur, nec nisi in eos cadit quos Lex voluit hujus muneris esse participes. Cæterum Tutela non est Reipublicæ munus (5) nec quod ad impensam (6) pertinet; sed civile (7). Nec provinciale (8) videtur, Tutelam administrare. *l.* 6. § 15. *ff. de Excusat.* Modestin. lib. 2. excusat.

Tutela erat alia pupillorum, alia feminarum puberum.

In Pandectis de Tutela pupillorum duntaxat agitur. Quæ ad feminarum Tutelam spectant, exponemus in Appendice ad calcem libri sequentis.

Rursus pupillorum Tutelæ triplex species : Testamentaria, Legitima, et Dativa ; infra suo quæque Titulo. Hic igitur de Tutela in genere ; quærendumque, Qui in Tutela esse, Qui tutores esse possint, et Quando Tutela finiatur.

§ 1. *Qui in Tutela esse possint.*

II. *In Tutela sunt pupilli.* Pupillus est qui quum impubes est, desiuit in patris potestate esse; aut morte, aut emancipatione. *l.* 239. *ff. de Verb. signif.* Pompon. lib. sing. Enchiridii.

Nec solum Civibus Romanis tutores dantur: Nam Lex Junia tutorem fieri jubet Latino vel Latinis impuberibus, eum qui etiam ante manumissionem ex Jure Quiritium fuit (9). Ulp. fragm. *Tit.* 11. § 19.

III. *Etiam* Muto itemque mutæ impuberibus tutorem dari posse verum est. *l.* 6. Ulp. lib. 38. ad Sabin.

De qua re tamen poterat videri dubium. Sed *enim* an auctoritas eis accommodari possit; dubitatur (10)? Et, si potest tacenti, et muto potest. Est autem verius (ut Julianus, libro 21 Digesto-

(1) Hæc *vis ac potestas* in eo potissimum consistit, ut tutor accedente auctoritate sua actibus pupilli, qui alioquin essent inefficaces, efficaciam tribuat.

(2) Id est, capiti libero in caput liberum. *Caput liberum* cui Tutela competit, accipe dominica potestate solutum; servus enim nec Tutelæ nec alterius cujuslibet muneris civilis capax est. *Caput liberum* in quod Tutela competit, accipe hominem sui juris; qui non dominica solum sed et patria potestate liber ac solutus sit : soli enim patresfamilias possunt esse in Tutela.

(3) Longe igitur differt potestas tutoris a patria potestate. Patris potestas, tota est in gratiam patris cui competit; ut pater in filium velut quoddam jus domini habeat, et per eum quasi per servum acquirat. Contra potestas tutoris, pupilli duntaxat gratia recepta est; in hoc ordinata, ut tutor pupillum tueatur.

(4) *Jure Civili* (id est, Lege XII Tab.) *datur* legitima Tutela; *permittur* testamentaria. Quod ad Dativam attinet, ex aliis Legibus descendit.

(5) Nec enim spectat principaliter utilitatem Reipublicæ; sed indirecte, quatenus publice omnium interest urbos ac pupillos defendi : unde *Ad curam publicam pertinere* dicitur in l. 2. § 2. ¶ *Divus* ff. *Qui pet. Tut.*

(6) Quædam Reipublicæ munera sumptum irrogant. Tutelæ munus nullum sumptum tutori irrogat : nam quidquid impendit, Contrario *Tutelæ* judicio repetit.

(7) Civilis aut *Publici* muneris appellatio magis patet, quam muneris *Reipublicæ*. Publicum enim dicitur, quodcumque munus publica auctoritate defertur; etiamsi spectet utilitatem privatorum. Civilia autem munera, latiori adhuc sensu dicuntur, quæcumque non nisi in cives cadunt; etiam illa quæ sponte pro aliis obeuntur : ut Postulatio, munus Procuratoris *Ad lites*, Intercessio, etc.

(8) *Provinciale* munus, idem est ac munus *Reipublicæ*.

(9) Supple *dominus* : vel pro *qui etiam*, legendum *cujus etiam*. Ulpianus loquitur de illo qui fuit dominus ex jure Quiritium. Sed nonne pariter tutor erit Latini impuberis quem duntaxat in bonis habebat, qui eum manumisit?

(10) Munus autem Tutelæ in hoc potissimum consistit ut tutor pupillo auctoritatem accommodet.

rum, scripsit) etiam tacentibus auctoritatem posse accommodari. *d. l.* 6. § *sed an.*

Item Surdo impuberi poterit tutor dari. *d. l.* 6. § 3.

Idem Ulpianus alibi ait : Furioso et furiosæ, et muto et surdo tutor vel curator (1) a Prætore vel Præside dari poterit. *l.* 8. § 3. *ff. de Tut. et curat. dat.* ULP. LIB. 8. DE OMNIB. TRIBUNALIBUS.

IV. Ei qui de statu suo litigat, tutorem dari posse Pomponius scribit; et verum est; ut ita demum teneat datio, si liber est. *l.* 17. *ff. de Tut. et curat. dat.* ULPIAN. LIB. 9. AD ED.

Ei autem cujus status in suspenso est propter spem postliminii patris in cujus erat potestate, non datur tutor.

Hinc Ulpianus : Ei cujus pater in hostium potestate est, tutorem dari non posse palam est. Sed si datus sit, an in pendenti sit datio quæri potest? Et non puto dationem valere. Sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si nonquam pater ab hostibus captus fuisset. Imo curator substantiæ (2) dari debet, ne in medio pereat. *sup. d. l.* 6. § 4.

Veotri tutor a Magistratibus Populi Romani dari non potest; curator potest. Nam de curatore constituendo, Edicto comprehensum est. *l.* 20. *ff. de Tut. et curat. dat.* MODESTIN. LIB. 7. DIFFERENT.

Enimvero tutor pupillo datur. Verum Non est pupillus; qui in utero est. *l.* 161. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 7. AD SABIN.

§ 2. *Qui possint esse Tutores.*

V. *Latinus tutor dari non potest ; ut videb. Tit. seq. art.* 2.

A fortiori In servili conditione constitutum, tutorem vel curatorem a Præside dari non posse, nullam habet Juris dubitationem. *l.* 7. *Cod. Qui dare tutor.* DIOCLET. ET MAXIMIAN.

Item cum Tutela publicum sit munus : Feminæ tutores dari non possunt : quia id munus masculorum est : nisi a Principe, filiorum Tutelam specialiter postulent. *l.* 18. NERATIUS LIB. 3. REGUL.

Hinc Jure nostro Tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur : nec, si provinciæ Præses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor ejus Sententiam quam leges nostræ non admittunt, recte sequetur. *l.* 26. *ff. de Testam. tut.* PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

Igitur Jure Pandectarum Tutela plerumque (3) virile munus est. GAIUS LIB. 12. AD EDICT. PROVINC.

Jure autem Novellarum mater et avia habent Tutelam liberorum suorum citra veniam Principis. Novell. CXVIII. cap. 5.

VI. *Præter illos qui ex conditione suæ personæ sunt Tutelæ incapaces, alii ex causa morbi a gerenda Tutela prohibentur. V. G.* Complura Senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi, et muti, et surdi tutoris, alii tutores dentur (4). *l.* 13. PAUL. LIB. 8. AD SABIN.

Multo magis hæ personæ non possunt dari tutores. Et quidem Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem præbere non potest. *l.* 1. § 2. PAUL. LIB. 38. AD ED.

Pariter Surdum non posse dari tutorem, plerique (et Pomponius libro 69 ad Edictum) probant; quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet. *d. l.* 1. § 3.

Minus autem audiens potest. *l.* 11. *ff. de Legit. tut.* PAUL. LIB. 16. AD PLAUT.

VII. *Item* Militiæ armatæ muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec alio modo (etsi voluerit) tutor vel curator fieri potest. Sed si errore ductus res administraverit, Negotiorum gestorum actione convenitur. *l.* 4. *Cod. Qui dare tutor.* PHILIPPUS.

Justinianus etiam constituit ut omni discrimine inter dativos et legitimos tutores insuper habito (5), *nullus posset esse tutor aut curator, antequam vigesimum quintum annum compleverit. l.* 5. *Cod.* de Legit. tutel.

VIII. *Ex Novella LXXII. cap.* 1. *qui pupilli creditor est aut jus pignoris in ipsius rebus habet, necnon qui pupilli debitor est, ab ejus Tutela (etsi ad Tutelam Lege vocaretur) prohibetur.*

Quod si hoc dissimulans Tutelam capessat ; hanc pœnam patitur ut, si creditor esset, credito cadat ; si debitor non possit ullam solutionem tempore administrationis suæ factam objicere. d. Novell. cap. 3.

Qua ratione creditor pupilli ab ejus Tutela removetur ; eadem ratione tutor prohibetur, constante Tutela, aut etiam ea deposita, aliquam ullarum actionum cessionem adversus pupillum suum, sive ex causa emptionis, sive ex causa donationis in se suscipere : sin, tutorem actione

(1) Scilicet illis tutor datur si sint impuberes, curator si sint puberes.

(2) Interim curator bonis captivi datur; sed non idcirco tutor, ejus filio.

(3) Dicit *plerumque;* quia aliquando filiorum suorum Tutelam a Principe impetrant feminæ, ut modo dictum est.

(4) His personis ipso jure quidem defertur aut ex testamento aut ex Lege Tutela, cum non jure et ex personæ conditione incapaces sint. Verum cum ex facto, ex causa scilicet morbi, Tutelam gerere non possint; in eorum locum alii Tutores dandi sunt.

(5) Antea, Magistratus quidem non dabat Tutores nisi majores viginti quinque annis : sed legitimi Tutores erant, etiam minores viginti quinque annis, quamvis non gererent in id usque tempus; et interim curator dabatur qui res pupilli administraret, ut videre est in l. 19. § 1. ff. *de Excusat.*

cessa cadere, eamque rem fieri lucro pupilli. d. Novell. cap. 5.

Sane potest tutor, constante Tutela, ex causa hereditatis ipsi delatæ, creditor aut debitor pupilli sui fieri. Verum Justinianus præcipit hoc casu curatorem ei adjungi. d. Novell. cap. 2.

Hæc omnia et circa curatores adolescentium et aliarum personarum obtinent. Mater tamen ab ea regula quæ creditores debitoresve a Tutela summovet, excipitur Novella XCIV.

§ 3. *Quando finiatur Tutela.*

IX. Liberantur Tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt qui habitu corporis pubes apparet; id est, qui generare potest. Proculeii autem, eum qui quatuordecim annos explevit (1). Verum Priscus (2) eum puberem esse in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum (3). Ulp. fragm. *Tit.* 11. § 28.

Justinianus Proculeianorum sententiam amplexus; Indecoram *(inquit)* observationem in examinanda marium pubertate resecantes; jubemus, quemadmodum feminæ post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur: indagatione corporis inhonesta cessante (4). *l. fin. Cod. Quando tut. vel curat. esse desin.*

Jure Pandectarum, feminæ pubertate non liberabantur Tutela (5): *verum Jure novo liberantur; et eam voluit Justinianus æstimari anno duodecimo completo* (6). Instit. *l.* 22.

X. *Tutela* Finitur non solum pubertate, sed etiam morte tutoris vel pupilli. *l.* 4. *ff. de Tutel. et rat. distr.* § *finitur autem.* Paul. lib. 8. ad Sabin.

Enimvero Sciendum est, nullam Tutelam hereditario jure ad alium transire.

Sed ad liberos virilis sexus perfectæ ætatis descendunt legitimæ (7): cæteræ non descendunt. *l.* 16. § 1. Gaius lib. 12. ad Ed. provinc.

XI. *Cum maxima capitis diminutio morti comparetur; hinc* Item si in servitutem pupillus redigatur, utique finitur Tutela. *l.* 14. § 1. Paul. lib. 37. ad Sabin.

Aliis quoque modis desinunt esse tutores; si forte quis ab hostibus fuerit captus (8), vel pupillus, vel tutor. d. l. 14. § 2.

Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi Legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit (9): quia servus non efficitur, tutor manet. Sed interim a Præsidibus alius tutor dabitur. *l.* 15. Ulp. lib. 38. ad Sabin.

XII. *Media quoque capitis diminutione tam tutoris quam pupilli Tutelam finiri, didicimus ex Institutionibus.*

Circa minimam autem, distinguendum an ex parte Tutoris contingat, an pupilli.

Et 1.° Legitimam Tutelam capitis diminutione pupilli, etiam ea quæ salva civitate contingit, amitti nulla dubitatio est. *l.* 2. *ff. de Legitim. tutor.* Ulp. lib. 37. ad Sabin.

Idem et de cæteris Tutelis dictum puta, ut ex ipsa definitione Tutelæ liquet; quæ est vis ac po-

(1) Hoc hauserant Proculeiani ex stoicorum schola; qui adolescentum pubertatem; quatuordecim annis æstimabant: ut refert Plutarch. *Placit. Philosoph.* V. 24.

(2) *Javolenus* scilicet.

(3) Hinc Servius ad hunc Virgilii versum Æneid. VIII.

Jam matura viro, jam plenis nubilis annis:

Non est iteratum, inquit; sed secundum Jus dictum, in quo et annorum ratione et habitu corporis ætas probatur.

Quum autem in hoc sententiarum diversitate incertum esset pubertatis tempus; Hinc observandum parentes ipsos interdum testamento suo statuisse, qua ætate sui liberi puberes haberi deberent. Cujus moris vestigia sunt in l. 49. ff. *de Legatis* 1.° l. 64. § 2. ff. *de Legatis* 2.° et in l. 101. § 3. ff. *de Cond. et demonstr.* Ex hoc etiam Jure quidam intelligi volunt quod ait Apostolus in Epistola ad Galat. IV. 1. 2. *Quanto tempore heres parvulus est... sub Tutoribus et actoribus est usque ad præfinitum tempus a patre.*

(4) Sunt qui Justinianum hic cum larvis pugnasse putant; nec unquam apud Romanos hanc *indecoram observationem et indagationem inhonestam* in usu fuisse. Sed ipsos Sabinianos, quum pubertatem corporis habitu æstimandam dixerunt, ut ea de re Philosophice non practice disputasse; aut hoc intellexisse de habitu corporis (id est, oris) qui ex vultu, barba, voce apparet; non de illa indecora verendorum denudatione. Illud constat jam longe ante Jus novum receptum esse ut in masculis pubertas annis quatuordecim æstimaretur: quod jam Ulpiani tempora prævaluisse videmus ex l. 5. ff. *Qui testam. fac. poss.* et diserte confirmatum videtur a Diocletiano et Maximiano in l. 4. Cod. d. tit. in qua rescribunt eum qui annos quatuordecim egressus est, potuisse testamentum facere licet nondum vigoris emersissent vestigia. Item Macrobius sub Honorio et Theodosio juniore scribit (*Saturnal.* VII 7.): *Secundum Jura publica duodecimus annus in femina; et quatuordecimus in puero definit pubertatis ætatem.* Vid. Rævard. *Varior.* IV. 10. Heinecc. *Antiq. Rom.* I. 22.

(5) De qua infra in append. ad calcem libri 27.

(6) Pariter Lex Papia-Poppæa sub Augusto lata feminas ea ætate viri potentes æstimaverat. Dio-Cass. lib. 54.

(7) Hoc improprie dicitur: tutela enim quam defunctus habebat, morte ejus finitur; novam autem liberi ejus tutelam habere incipiunt jure proprio, utpote proximi agnati, non jure hereditario.

(8) Si tamen redierit, jure postliminii videbitur durasse tutela.

(9) Hoc accipe non de his qui transfugiunt animo proditoris aut animo non revertendi; hi enim jura civitatis amittunt: sed de his qui ad tempus sine dolo transfugiunt (forte ut vitent potentes inimicos quos in civitate habent) et animum revertendi conservant. D. Noodt hanc legem intelligit de eo qui missus est ad hostes ut ipsis dederetur, et quem hostes non receperunt; legitque *missus ad eos quasi lege, aut etiam receptus ab eis:* expunctis duobus verbis sequentibus *aut transfugerit.*

testas In capite libero, *id est in hominem sui juris*.

Hinc Si adrogati sunt adhuc impuberes (vel deportati sint pupilli), tutores habere desinunt (1). *l.* 14. Ibid.

2.° *Quod spectat minimam capitis diminutionem tutoris*; Si legitimus tutor capite minutus sit: dicendum est desinere eum esse tutorem; et locum esse judicio Tutelæ, finita Tutela. *l.* 5. § 5. *ff. de Legit. tut.* Ulp. lib. 35. ad Ed.

Cæteræ autem Tutelæ non finiuntur; ut vid. supra lib. 4. *Tit.* de Cap. minut. *N.* 5.

Hinc et Filiumfamilias emancipatum, si Tutelam administret, etiam directo teneri Julianus putat (2). *l.* 4. § 1. *ff. de Tut. et rat. distrah.* Paul. lib. 8. ad Sabin.

Ex Constitutione Anastasii; frater legitimam Tutelam fratrum ac sororum liberorumque ipsorum, capitis diminutione non amittit. l. 4. *Cod.* de Leg. tutel.

Jure autem Novellarum, agnationis jure sublato; dicendum est nullam Tutelam capitis diminutione nimima tutoris finiri. Novell. CXVIII.

XIII. *Hactenus de capitis diminutione.* Præterea si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor. *l.* 14. § 4. Ulp. lib. 37. ad Sabin.

Sed et si ad tempus fuerit quis datus, tempore finito, tutor esse desinit. *d. l.* 14. § 3.

Sed et si ad certam conditionem datos sit; æque evenit ut desinat esse tutor, existente conditione. *d. l.* 14. § 5.

Si quis in locum absentis tutor fuerit datus, absente reverso finitur Tutela hujus suffecti tutoris.

Quocirca Quæsitum est an hi qui in locum absentis Reipublicæ causa tutores dati sunt, mortuo illo totore perseverent: an alii petendi essent? Paulus respondit, Eos qui in locum absentis dati sunt, non reverso eo, in eadem causa perseverare usque ad tempus pubertatis (3). *l.* 12. Paul. lib. 16. respons.

(1) Qui enim se dedit in adoptionem, desinit esse sui juris: unde in eo finitur tutela; quemadmodum et in eo qui deportatus est.

(2) Sensus est: Etsi post emancipationem administrare pergat Directa actione *Tutelæ* tenetur utpote verus tutor: non Utili; neque enim amisit Tutelam capitis diminutione quæ per emancipationem contigit.

(3) Nam proprio jure Tutor est; non vero duntaxat ipsi mandatur administranda Tutela quam habebat absens.

TITULUS II.

DE TESTAMENTARIA TUTELA.

Postquam *nonnulla de tutelis generaliter præmiserunt Pandectarum ordinatores titulo superiore; jam in hoc Titulo et sequentibus singulas Tutelarum species exponunt: et primo* De Testamentaria Tutela.

I. *Tutela Testamentaria ea est quæ ex parentis Testamento defertur.*

Testamento nominatim tutores dati confirmantur (1) Lege XII Tabularum his verbis; Uti legassit (2) super pecunia (3) Tutelave suæ (4) rei; ita jus esto. Qui tutores Dativi (5) appellantur. Ulp. fragm. *Tit.* 11. § 14.

Cura autem nulla Testamentaria est. Unde Modestinus: Ετι ΕΙΔΕΝΑΙ, *etc.* [id est] Hoc amplius scire oportet quoniam curator Testamento neque a patre recte datur.

Sed datum assuetum est confirmari ab eo qui præest. *l.* 1. § *fin. ff. de Confirm. tut.* Modestin. lib. 6. excusat.

Circa Tutelam Testamentariam videbimus 1.° *Quibus testamento tutores dentur;* 2.° *Quis dari possit;* 3.° *Quomodo detur: item quomodo testator Tutelam quam ascripsit, revocare possit; et quando videatur necne revocata;* 4.° *Quando deferatur Testamentaria Tutela, et quis sit hujus delatæ effectus. Denique quæremus de interpretatione scripturarum quæ tutoris dationem continent.*

ARTICULUS I.

Quibus Testamento tutor detur.

II. Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei

(1) Dixit *confirmantur*; nam longe vetustior est hæc Tutela; si quidem, ut ex Livio discimus, filio suo tutorem dederat Ancus-Marcius Tarquinium-Priscum.

(2) Id est, disposuerit: *legare* est, Legis modo disponere.

(3) *Pecunia* hic accipitur pro bonis seu hereditate: l. 122. ff. *de Verb. signif.*

(4) Cum patria potestas esset veluti quoddam jus dominii, pater liberos suos quodammodo inter res suas annumerabat; et de eorum Tutela tanquam de *re sua* disponebat.

(5) Eo sensu quod a testatore *dentur* tutores. Tamen juxta frequentiorem Dativorum tutorum significationem, non hi tutores intelliguntur, sed illi qui ex novis Legibus a Magistratu dantur tutores.

quem in suis (1) heredibus quum moritur habuit, habiturusve esset si vixisset (2). *l.* 73. § 1. *de Reg. Jur.* Q. M. SCÆVOLA LIB. SING. OPΩN.

Nil refert autem cujus sexus sint quibus tutor datur. Nam Lege XII Tabularum permissum est parentibus liberis sois sive feminini, sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores Testamento dare. *l.* 1. GAIUS LIB. 12. AD ED. PROVINC.

Item scire debemus etiam posthumis filiis vel nepotibus vel cæteris liberis, licere parentibus Testamento tutores dare (3): qui modo in ea causa sint, ut si vivo eo nati fuerint, in potestate ejus futuri sint (4), neque testamentum rupturi (5). *d. l.* 1. § 1.

III. *Ita demum autem testator potest tutorem dare his quos in potestate habet, si post mortem ipsius in potestatem alterius recasuri non sint.*

Hinc pergit Gaius: Item ignorandum non est, eum qui filium in potestate habebit, si nepoti tutorem dederit; ita recte dedisse videri, si nepos post mortem ejus in patris sui potestatem recasurus non (6) sit: quod evenit, si vivo testatore, filius in potestate ejus esse desierit (7). *d. l.* 1. § 2.

Et quidem Nec militem liberis recasuris in potestatem tutorem dare posse, a Divis Fratribus rescriptum est. *l.* 2. ULP. LIB. 2. AD SABIN.

IV Qui filium et ex eo nepotem habebat, si nepoti tutorem dederit, habet disceptationem an aliquo casu non sit utilis datio? Ut puta; si proponas filium vivo patre decessisse, et nepotem ex eo successisse vivo avo. Et fortius dicendum est, Tutelam quoque e Lege Junia-Velleia (8) confirmatam. Nam et Pomponius libro 16, ex Sabino scripsit, Valere tutoris dationem: cum enim confirmatum sit testamentum, consequenter tutoris quoque datio valebit in eo Testamento scripta quod valet; id est, ubi nepos vel heres institutus (9) sit, vel nominatim exheredatus sit. *l.* 10. § 2. ULP. LIB. 36. AD SABIN.

ARTICULUS II.

Quis Testamento tutor dari potest.

V. Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti (10) factio est. *l.* 21. PAUL. LIB. 8. BREVIUM.

Et quidem soli. Imo et observandum quod ait Ulpianus: Testamento tutores dari possunt hi cum quibus Testamenti faciendi jus est; præter Latinum Junianum. Nam Latinus habet quidem testamenti factionem; sed tamen tutor dari non potest: id enim Lex Junia prohibet. ULP. FRAGMENT. *Tit.* 11. § 16.

Jure autem Justinianeo nulli sunt amplius Latini.

VI. Ex sententia Senatusconsulti Liboniani (11), tutor non erit qui se Testamento pupillo tutorem scripsit.

Cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset; eum, quamvis alii tutores essent, curatorem (12) dandum respondi: nec admittendam excusationem quam Jure publico (13) habebat; quoniam promisisse videbatur: nec ut suspectum (14) removeri. *l.* 29. PAPIN. LIB. 15. RESPONS.

Consonat Paulus. Qui se filio testatoris impuberi tutorem ascripsit, etsi suspectus esse præsumitur quod ultro Tutelam videbitur affectasse; tamen si idoneus esse approbetur, non ex testamento sed ex decreto tutor dandus est. Nec excusatio ejus admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris. *l.* 18. § 1. *ff. de Leg. Corn. de fals.* PAUL. LIB. 3. SENTENT.

VII. *Maxime autem tutor inutiliter datur, qui, eo tempore quo dies relictæ Tutelæ cedit, hujus muneris esset incapax.*

Hinc Verbis fideicommissi manumissus, non jure (15) tutor Testamento datur. *l.* 28. § 1. PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

(1) Hoc liquet ex verbis Legis XII. Tabularum: *Tutela rei suæ.* Soli liberi quos in potestate habemus, possunt dici *res nostra.*

(2) Hoc refer ad posthumos; quibus ita demum quis tutorem dare potest, si ii sint quos in potestate habuisset si jam nati fuissent quum mortuus est.

(3) Quæ datio ita valebit, si edatur partus.

(4) Igitur si nepotes ex filio emancipato post emancipationem patris sui fuerint concepti; his tutor Testamento avi dari non potest: quia, etsi vivo avo nati fuissent, in potestate ejus nati non fuissent.

(5) Nam si præteritis posthumis suis datus fuerit tutor, cum nascendo rumpant testamentum, corruet et Tutela quæ Testamento continetur.

(6) Hoc sequitur ex Tutelæ definitione: *In capite libero.*

(7) Cum enim filius per emancipationem jura familiæ amiserit; nepos ex eo in potestate retentus, in hujus potestatem (utpote jam extraneæ personæ) non recidit.

(8) Vid. de hac re Tit. *de Lib. et posth.* Infra lib. 28.

(9) Nam si præteritus fuisset nepos, rupisset Testamentum; adeoque non potuisset valere Tutela hoc Testamento data.

(10) Vid. Tit. *Qui testam. fac. poss.* Infra lib. 28.

(11) Quo infirmantur ea quæ scriptor testamenti sibi ipse ascripsit.

(12) Datio non valet ipso Jure: verum propter evidentem voluntatem patris, confirmabitur a Magistratu datio tutoris, si solus fuerit a testatore datus. Quod si sint alii tutores, non creabitur a Magistratu tutor; sed potius his adjungetur tanquam curator. Cur autem non tanquam tutor? Quia dum Testamentariæ tutelæ locus est, non est Dativæ locus; et *Tutorem jam habenti tutor non datur.*

(13) Jure communi; puta quod haberet tres liberos, etc.

(14) Id est, ex eo non debet videri suspectus quod se tutorem scripserit.

(15) Tempore enim aditæ hereditatis quo tutela defertur nondum est liber, quamvis libertas ei debeatur; adeoque est tutelæ incapax.

Non tamen omnino inanis erit hoc casu voluntas testatoris; sed hanc sequetur Prætor, confirmando tutorem postquam manumissus fuerit.

Hinc statim subjicitur: Post libertatem itaque redditam, ex voluntate testatoris ad Tutelam vocatur. *d.* § 1.

Quod si jam alius tutor jure datus existebat; ille qui non jure datus est, non confirmabitur tutor (cum tutorem habenti tutor non detur) sed ut curator adjungetur.

Hinc Valerianus et Gallienus: Si pupillorum pater alienum servum de quo postulas, et tutorem esse voluerit et liberum; manente tamen alio tutore pupillis ante dato: et redimi et manumitti hunc apud Præsidem provinciæ, et curatorem adjungi oportet. *l.* 5. *Cod. h. tit.*

VIII. *Quod diximus, verbis fideicommissi manumissum inutiliter testamento tutorem dari, obtinet si pure datus sit. Cæterum et* Servus alienus ita dari tutor potest: Si liber erit Tutor esto. Quinimo, etsi pure (1) datus sit, videtur inesse (2) hæc conditio Quum liber erit.

Potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem (3). Quid enim interest, suum servum (4) an alienum tutorem scripserit? cum pupilli favore et publicæ utilitatis assumpta libertas sit in persona ejus qui tutor scriptus est. Potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragetur. *l.* 10. § 4. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Consonat quod rescribunt Valerianus et Gallienus: Etsi non ascripta libertate testator servum suum tutorem filiis suis dederit; receptum est tamen, et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisse eum videatur: et, si non suum proprium, sed alienum servum conditionem ejus sciens (5) tutorem ascripserit, æque fideicommissariam libertatem datam; nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat, Prudentibus placuit. *l.* 9. *Cod. de Fideic. libert.*

Justinianus servo testatoris, sine libertatis mentione tutori dato, etiam directam libertatem asserit. instit. *Tit.* Qui testament. tut. *et l. pen. Cod.* de Necess. hered.

IX. *Cum servo proprio tutori dato præsumatur relicta libertas, hinc occurrit hæc quæstio.* Lucius-Titius heredes instituit filios suos pupillaris ætatis, eisque tutores his verbis dedit: Filiis meis tutores sunto Gaius-Mævius, et Lucius (6) Eros: cui Eroti libertatem non dedit. Fuit autem Eros intra viginti quinque annos ætatis. Quæro an possit libertatem sibi vindicare (7)? Paulus respondit, Quoniam placet eum qui a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri; eum quoque de quo quæritur, in eadem causa habendum, et liberum quidem ab adita hereditate (8) esse. Tutela autem post legitimam ætatem (9) onerari. *l.* 32. § 2. Paul. lib. 9. respons.

X. *Quod de servo tam proprio quam alieno diximus, ita demum obtinet si eum testator sciverit esse servum.*

Sed Si quis tutorem dederit filio suo servum, quem putabat liberum esse quum esset servus; is neque liber (10) neque tutor erit. *l.* 22. Ulp. lib. 45. ad Edict.

Idem alibi. Si quis tutorem ideo scripserit, quia liberum putavit: certissimum est, neque libertem peti posse, neque Tutelam libertatis præstationi patrocinari. Et ita et Marcellus libro 15 Digestorum, et Imperator noster cum patre rescripsit. *l.* 24. § 9. *ff. de Fideic. libert.* Ulp. lib. 5. fideicommissorum.

XI. *Quod de servis dictum est, idem dicendum et de cæteris incapacibus qui capaces fieri possunt.*

V. G. Si furiosus Testamento detur; si quidem Quum furere desierit, tutorem esse recte datum Proculus existimat: quod si datus sit pure, negat Proculus valere dationem. Sed est verius (quod

(1) Id est, quamvis si hoc tantum quod verba exprimunt spectetur, pure videtur datus.

(2) Facile præsumitur adjecta. Leges autem præcedentes intelligendæ sunt de casu quo ex circumstantiis locus non esset huic præsumptioni.

(3) Duo igitur subaudiuntur quum servus alienus tutor datus est: 1.° Conditio libertatis tacite ascripta dationi tutoris, ut tunc demum cedat quum liber erit, adeoque utiliter cedat; 2.° Fideicommissum libertatis ipsi relictum.

(4) Supponit dubium non fuisse eum qui servum suum tutorem dedit, præsumi debere ipsi reliquisse libertatem. Hinc colligit eamdem præsumptionem obtinere debere, et quum alienum servum tutorem dedit.

(5) Si enim credebat liberum; præsumptio relictæ libertatis locum habere non potest.

(6) Nota prænomen adjectum nomini servi.

(7) Ratio dubitandi, quia non est ejus ætatis ut tutor esse possit.

(8) Ex hoc textu concludit Hotomannus, Jure Digestorum directam libertatem tacite intelligi relictam servo proprio qui datus est tutor.

Contra ex l. 9. Cod. *de Fideic. libert* modo supra vidimus fideicommissariam duntaxat ei præsumi relictam? Alii respondent cum Cujacio ad h. l. in arbitrio servi fuisse an directam sibi vindicaret libertatem, an fideicommissariam peteret ut in casu l. 56. ff. *de Manumiss.* Alii dicunt ambiguum fuisse tunc inter Jurisconsultos utra species libertatis relicta præsumi deberet: Valerianum autem et Gallienum amplexos esse sententiam eorum qui fideicommissariam duntaxat relictam præsumebant; Justinianum, eorum qui directam.

(9) Dices: Jure Digestorum servus minor triginta annis qualis ille erat, testamento manumissus, Latinam duntaxat libertatem consequebatur: supra lib. 1. Tit. *de Stat. hom.* N. 29. Latini autem tutores esse non poterant; ut vidimus supra N. 5. Respondeo: Quemadmodum servus licet minor triginta annis civilem libertatem consequitur quum ex justa causa apud Consilium probata Vindicta manumittitur; ita et in hac specie civilem libertatem consequitur, quia justa manumissionis causa est ut tutor sit liberis testatoris.

(10) Certe enim non potest intelligi testator voluisse relinquere libertatem ei quem credebat liberum.

et Pomponius ait) recte videri datum; et tunc fore tutorem quum sapere cœperit (1). *l.* 10. § 3. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Et alibi similiter : Furiosus si tutor datus fuerit, potest intelligi ita dari quum suæ mentis esse cœperit. *l.* 11. *ff. de Tutel.* Paul. lib. 3. ad Vitellium.

XII. *Vidimus qui tutores testamento dari non possint.*

Cæterum Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is Prætor, sive Consul sit; quia Lex XII Tabularum id confirmat (2). *l.* 10. § 1. Paul. lib. 38. ad Ed.

Illud Quæro; An non ejusdem civitatis cives Testamento quis tutores dare possit? Paulus respondit, Posse (3). *l.* 32. Paul. lib. 9. respons.

ARTICULUS III.

Quomodo tutor Testamento dari debeat; et an datus possit revocari.

§ 1. *Quomodo dari debeat.*

XIII. *Si tutor Testamento dari debet, ut personæ detur. Nam* Certarum rerum vel causarum Testamento tutor dari non potest, nec deductis (4) rebus. *l.* 12. Ulp. lib. 35. ad Sabin.

Et, si datus fuerit, tota datio nihil valebit. *l.* 13. Pompon. lib. 17. ad Sabin.

Quia personæ, non rei vel causæ datur. *l.* 14. Marcian. lib. 2. institut.

Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriacæ, utilis datio est (5). Hoc enim Jure utimur. *l.* 15. Ulp. lib. 38. ad Sabin.

XIV. *Sic etiam dari debet tutor, ut certus sit qui datur, et certi sint quibus datur.*

Enimvero Tutor incertus dari non potest. *l.* 20. Paul. lib. 38. ad Ed.

« *Similiter* Tutor ita recte non datur : Illi aut illi filiis meis, uter eorum volet, Titius tutor esto. Quid enim dicemus, si Titius constituere nolit utri ex filiis tutor esse velit? *l.* 23. African. lib. 8. quæst.

Sed nec sufficit testatorem de certa persona sensisse, nisi constet de qua. Hinc Paulus in specie sequenti : « Duo sunt Titii; pater et filius : datus » est tutor Titius; nec apparet de quo sensit testator. Quæro quid sit Juris»? respondit : Is datus est, quem dare se testator sensit : si id non apparet; Non Jus deficit, sed probatio. Igitur neuter est tutor. *l.* 30. Paul. lib. 6. quæst.

XV. *Cæterum nil refert, ipso Testamento an Codicillis detur. Nam* Testamento datos tutores accipere debemus, etiam eos qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt. *l.* 3. Ulp. lib. 35. ad Edict.

Nil refert etiam Jure novo, qua lingua ascribatur tutor.

Nam Tutores etiam Græcis verbis licet in Testamentis relinquere : ut ita tutores dati videantur ac si legitimis verbis eos testator dedisset. *l.* 8. *Cod. h. tit.* Theodos. et Valentin.

XVI. Tutorem autem et a certo tempore dare, et usque ad certum tempus licet; et sub conditione, et usque ad conditionem. *l.* 8. § 2. Ulp. lib. 24. ad Sabin.

Et quidem etiam Ita recte tutor dabitur; Titius, si volet, illi filio meo tutor esto. *l.* 23. § 1. African. lib. 8. quæst.

§ 2. *Quomodo testator Tutelam quam ascripsit, revocare possit; et quando revocata intelligatur necne.*

XVII. Tutor datus vetari tutor esse potest, vel Testamento vel codicillis. *l.* 8. Ulp. lib. 24. ad Sabin.

Ex eo autem solo quod aliquis tutor codicillis detur, non præsumitur Tutela adempta illi qui Testamento scriptus fuit. Sic enim rescribit Antoninus : Etsi a patre tuo Testamento jure tibi tutor datus, eo tempore quo heres extitisti, in rebus humanis fuit; tamen codicillis alius tutor recte datus est, et uterque propter voluntatem testatoris tutor est : nisi Testamento datum pater, alium codicillis dando reprobaverit; tunc enim posterior solus tutor erit. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

Recte ergo Scævola consultus de testatore; Quum codicillis ideo alios tutores dare significasset, quoniam Testamento datos quosdam defunctos aut excusationem habere posse comperisset : an nihilominus qui eorum viverent, nec excusati essent tutores permanerent? respondit, Nihil proponi cur non permanerent. *l.* 34. Scævola. lib. 10. digest.

(1) Subauditur enim hæc conditio; quamvis, si sola verba spectentur, tutor pure datus videatur.

(2) Id est, *Quia, cum Lex XII Tabularum* expresse Tutelas Testamentarias *confirmet;* hæc Tutela (Testamentaria) videtur deferri ex auctoritate ipsius Legis : cui Legi subsunt et Prætor et Consul. Cæterum possunt se excusare : *Inst.* Tit. *de Excusat. Tutor.* § 3.

(3) In quo plus potest testator, quam Magistratus municipalis. Ratio est quod Tutela a Magistratu delata, vim suam mutuatur ab auctoritate hujus Magistratus; quam non habet nisi in suæ civitatis cives. Tutela autem Testamentaria ex auctoritate ipsius Legis defertur : ut diximus in Not. præced.

(4) Puta : *Tutor esto filio meo, præterquam in tali fundo.*

(5) Quamvis enim regulariter tutor certæ rei non datur; tamen eo casu quo pupillus in diversis provinciis bona habet, cum vix posset idem tutor ea administrare, contra strictum Jus pro utilitate pupillorum receptum est, ut non quidem singulis rebus, sed singulis diversarum provinciarum patrimoniis singuli tutores dari possint. Et quidem etiam hoc casu, magis dividi videtur administratio tutelæ quam ipsa Tutela.

ARTICULUS IV.

Quando deferatur Testamentaria Tutela, et quis sit hujus delatæ effectus.

XVIII. *Testamentaria Tutela, si quidem pure relicta est, ex die aditæ hereditatis defertur.*

Si nemo hereditatem adierit: nihil valet ex his quæ Testamento scripta sunt. Si vero unus ex pluribus adierit: Tutelæ statim valent, nec expectandum erit ut omnes hereditatem adeant. *l.* 9. Pompon. lib. 3. ad Q. Mucium.

Hoc ita, quum nulla dies aut conditio adjecta est inesse dationi Tutoris. Sed si sub conditione fuerit tutor datus; deficiente conditione tutor non erit. *l.* 8. § 1. Ulpian. lib. 24. ad Sabin.

Et quidem etiam illa conditio expectanda est, quæ natura inesset: V. G. si tutor datus sit posthumo, infra Tit. de Eo qui pro Tutore. *N. fin.*

XIX. *Jam vero de effectu delatæ Tutelæ Testamentariæ, ita Paulus*: Tutores non ab herede, sed a testatore protinus proficiscuntur; simul atque aliquis heres extitisset. Nam et ipse heres tutor dari potest; et post mortem heredis tutor recte dari potest. *l.* 7. Paul. lib. 3. ad Sabin.

ARTICULUS V.

De interpretatione scripturarum quæ tutoris dationem continent.

XX. Si quis ita dederit, Filiis meis tutorem do; in ea conditione est, ut tam filiis quam filiabus dedisse videatur: Filiorum enim appellatione et filiæ continentur. *l.* 16. Ulp. lib. 39. ad Sabin.

Hoc ita quum simpliciter dixit, Filiis.

Verum Servius ait; Si ita scriptum sit, Filio filiisque meis roscii tutores do; masculis duntaxat tutores datos: quoniam [a] singulari casu, hoc Filio, ad pluralem videtur transisse, continentem eumdem sexum quem singularis prior positus habuisset. Sed hoc facti, non Juris habet quæstionem. Potest enim fieri ut singulari casu de filio senserit, deinde plenius omnibus liberis prospexisse in tutore dando voluerit: quod magis rationabile esse videtur. *l.* 122. *ff. de Verb. signif.* Pompon. lib. 8. ad Q. Mucium.

XXI. *Diximus, regulariter filiorum appellatione filias contineri.* Quid si nepotes sint? An appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint, videndum? Et magis est ut ipsis quoque dati videantur: si modo Liberos dixit. Cæterum si Filios, non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur.

Plane si Posthumis dederit; tam filii posthumi quam cæteri liberi (1) continebuntur. *l.* 6. Ulpian. lib. 39. ad Sabin.

Circa posthumorum appellationem quæri etiam potest: Si posthumis dederit tutores, hique vivo nascantur; an datio valeat (2)? Et magis est, ut utilis datio fiat; etiamsi vivo eo nascantur. *l.* 16. § 5. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

XXII. *Interdum etsi quis generali appellatione qua testator usus est, contineatur; tamen huic non videtur tutor datus, scilicet si testator de eo sentire non poterat.*

V. G. Si quis, quum ignoraret se filium Titium habere, filiis tutores dederit: utrum his solis dedisse videatur quos in potestate scit, an ei quoque quem ignoravit se habere? Et magis est ut huic dedisse non videatur, licet omnem filiorum admittat et ipsum: sed quia de ipso non sensisset, dicendum est cessare in personam ejus dationem. *d. l.* 16. § 3.

Proinde et si certus fuit filium decessisse, qui superaverat; idem erit dicendum. Nec enim videtur ei dedisse, quem obisse credebat. *d. l.* 16. § 4.

Nil vetat autem testatorem sensisse videri et de captivis et de nasciuris.

Igitur Si quis liberis tutores dederit, vel filiis, et habeat quosdam apud hostes; etiam ipsis dedisse videbitur, si non aliud aperte probetur testatorem sensisse. *d. l.* 16. § 2.

Item Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam posthumæ videtur dedisse; quia Filiæ appellatione etiam posthuma continetur. *l.* 5. Ulp. lib. 14. ad Sabin.

XXIII. *Hic quæri potest an generali appellationi liberorum aut filiorum, æquipolleat appellatio indefinita?*

Puta Si quis filio tutorem dederit, et plures filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? Et de hoc Pomponius dubitat. Magis autem est, ut omnibus dedisse videatur. *sup. d. l.* 16. § 1.

XXIV. *Pertinet etiam ad interpretationem voluntatis ejus qui tutores liberis ascripsit, sequens quæstio.* Tutoribus ita datis; Lucium-Titium tutorem do; si is non vivit, tum Gaium-Plautium tutorem do: Titius vixerat et Tutelam gesserat, deinde mortuus erat. Trebatius negat ad Plautium pertinere Tutelam, Labeo contra. Proculus, quod Labeo. Ego Trebatii sententiam probo, quia illa verba ad mortis tempus referuntur. *l.* 33. Javol. lib. 8. ex posterioribus Labeonis.

Item pertinet et quod ait Ulpianus: In tutelis testamentarii id sequimur quod novissimum est; et, si sæpius tutor datus sit (3), novissimam scripturam intuemur. *l.* 10. § 1. Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Quocirca vide Regulam de interpretatione scripturarum invicem pugnantium: infra ad Tit. de Legatis. *N.* 201.

(1) *Posthumi*; id est et nepotes et pronepotes posthumi.

(2) Ratio dubitandi, quia proprie posthumus non est nisi qui post mortem nascitur. Verum largiori significatione, et qui post testamentum (licet vivo testatore) nascuntur, continentur.

(3) Puta si quis tutor pure in aliqua testamenti parte, idem sub conditione in altera parte datus sit.

TITULUS III.

DE CONFIRMANDO TUTORE VEL CURATORE.

I. ΙΝΑ ΜΗ ΔΕ, *etc.* [*id est*] Ut ne de Confirmandis Tutoribus relioquamus indiseussum, panca et de his scrutemor. *l.* 1. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

Evidens hujus Tituli cum superiore connexio. Pertinet quippe ad Tutores qui testamento dati sunt: sed quia aut non jure dati sunt, aut ambigitur an jure dati fuerint; a Magistratu confirmandi sunt.

ARTICULUS I.

De confirmando eo Tutore qui inutiliter datus est.

§ 1. *Quando Confirmetur Tutor aut Curator inutiliter datus.*

II. ΕΙΣΙ ΤΙΝΕΣ, *etc.* [*id est*] Sunt quidam dati recte Tutores secundum testamenta; id est, et a quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet. Pater enim filiis vel nepotibus quos habet in potestate, recte dat Tutorem; sed in testamento. Si autem fuerit persona talis quæ non potest dare, velut mater, aut patronus, aut extraneus quis; aut persona qui non potest dari, velut si pater filio non existenti in potestate aut filiæ (1) dederit; aut si dixerit, PARCON TE CURAM HABERE RERUM (2); aut in codicillis non confirmatis dederit Tutorem, aut Curatorem (3): tunc quod deficit, repleri a Consulari potestate Constitutiones concesserunt; et secundum mentem Confirmari Tutores. *d. l.* 1. § 1.

Similiter Alexander rescribit. Neque per epistolam neque ex imperfecto testamento Tutorem recte dari indobitati Juris est. Sed voluntas patris in constituendis Tutoribus vel Curatoribus in hujusmodi casibus a judice, ad cujus officium hæc res pertinet, servari solet. Secundum quæ, vereri non debes ne tempus antequam Confirmareris, tibi cesserit. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

III. *Observandum, ita demum Confirmari Tutorem quem dederit mater cæteræque personæ quæ jus dandi Tutoris non habent, si pupillus fuerit ab ipsis institutus.*

Hinc Modestinus : Pater, herede instituto filio vel exheredato, Tutorem dare potest: mater autem nonnisi instituto, quasi in rem (4) potius quam in personam Tutorem dare videatur. *l.* 4. *ff. de Testam. tut.* MODEST. LIB. 7. DIFFERENT.

Similiter Alexander rescribit. Mater testamento filiis Tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes [non (5)] instituerit; solet ex voluntate defunctæ datus Tutor a Præsidibus Confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si res pupillares, qui dati sunt, administraverint, Pro tutelæ actione teneutur. *l.* 4. *Cod. de Testam. tut.*

Quod de matre diximus, dic pariter de patre naturali. Nam Naturali filio (cui nihil relictum est) Tutor frustra datur; nec sine inquisitione Confirmatur. *l.* 7. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

Quod si pater naturalis aliquid filio reliquerit, eique Tutorem dederit; tenetur, ex Constitutione Justiniani, Magistratus eum Tutorem Confirmare. Ita enim Justinianus : Naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus quas quocumque modo eis dederint vel reliquerint (scilicet intra præfinitum nostris Legibus modum (6)) *tit. de Donat. inter vir. et ux. N.* 7, et Tutorem eis relinquere; qui debet apud competentem judicem Confirmari, et ita res gerere pupillares. *l.* 4. *Cod. h. tit.*

Idem dic de patrono. Nam Si patronus vel quivis extraneus impuberi quem heredem instituerit, Tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus: non male dicetur judicium ejus sequendum esse; qui et personam ejus quem et Tutorem esse voluerit, noverit; et impuberem ita dilexit, ut eum heredem instituerit. *l.* 4. PAUL. LIB. SING. DE EXCUSATIONIBUS TUTELARUM.

IV. *Illud observandum quod, a quovis Tutor non jure datus sit, ita demum potest Confirmari Tutor, si non jam alium Prætor dederit. Sed potest dato adjungi ut Curator.*

Hinc Alexander. Si (ut proponis) pupillo cujus meministi, pater inutiliter testamento tutores dedit, et priusquam hi Confirmarentur, alii ab eo cujus interest dati sunt, id quidem quod jure gestum est revocari non potest. An autem qui judicium

(1) Quæ pariter non sit in potestate.

(2) Quæ datio non valet : ut vidimus *Tit. præced. N.* 13.

(3) Pater nec Tutorem codicillis testamento *non confirmatis* dare potest, nec etiam *confirmatis* Curatorem.

(4) Id est, quasi magis bonis quæ ei reliquit quam personæ quæ ipsius juri subjecta non est, dare videtur.

(5) Hæc negatio expungenda est, ut recte monet Cujacius.

(6) Hoc a Triboniano additum videtur, referrique ad l. 2. Cod. *de Natural. lib.* quæ Arcadii et Honorii est supra lib. 24 *Tit. de Donat. int vir. et uxor.* N. 7. Justinianus ergo *suas Leges* hic appellat, quas Codici suo inseruit, licet ab aliis Imperatoribus promulgatas.

patris habeat, Curatores (1) eidem pupillo constitui debeant; aditus competens judex perspectis utilitatibus ejus æstimabit. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

§ 2. *Quæ observentur in Confirmando Tutore.*

V. *Interest an Tutor qui inutiliter datus est, a patre datus fuerit, an ab alio.*
KAI EAN, *etc.* [id est] Et si quidem pater fuerit qui dederit Tutorem : amplius nihil (ut plurimum) inquirit (2) qui præest; sed simpliciter eum Confirmat. Si autem alius quis dederit, tunc inquirit personam si apta sit. *l.* 1. § 2. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

Similiter Papinianus : Si filio puberi (3) pater Tutorem, aut impuberi Curatorem dederit (4); citra inquisitionem Prætor eos Confirmare debebit. *l.* 6. LIB. 5. RESPONS.

VI. *Quod diximus, quum Tutor a patre scriptus est nihil inquiri, aliquam limitationem patitur. Saltem enim* In Confirmando Tutore, hoc Prætor inquirere debet an duraverit patris voluntas. Quod in facili est, si proximo mortis tempore Tutores non jure vel Curatores scripserit pater. Nam si ante annos : ut spatio medio potuerit facultatium dati non jure Tutoris a patre fieri diminutio, vel morum ante celata vel ignorata emersit improbitas; aut inimicitiæ cum patre exarserunt. *l.* 8. TRYPHONINUS LIB. 14. DISPUTAT.

Vel cum fisco aliquem contractum damnosum miscuissent. *l.* 9. PAUL. LIB. SINGUL. DE COGNITIONIBUS.

Utilitatem pupillorum Prætor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum.

Nam patris voluntatem Prætor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum quæ ipse Prætor de Tutore comperta habet.

Quid denique si postea de eo quem pater testamento codicillisve non jure dedit, scripsit Tutorem esse nolle? Nempe non sequitur primam voluntatem Prætor, a qua pater discessit. *l.* 10. TRYPHONIN. LIB. 14. DISPUTAT.

VII. *Hactenus de Tutore aut Curatore quem pater non jure dedit. Is autem quem mater dedit, ex inquisitione Confirmatur.*

Unde Modestinus : Sed et inquiri in eum qui matris testamento datus est Tutor, oportebit : cum a patre datus, quamvis minus jure datus sit, tamen sine inquisitione Confirmatur : nisi si causa propter quam datus videbatur, in eo mutata sit : veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit. *l.* 4. § 1. *ff. de Testam. tut.* MODESTIN. LIB. 7. DIFFERENT.

Idem docet Neratius : Mulier liberis non recte testamento Tutorem dat. Sed si dederit, decreto Prætoris vel Proconsulis ex inquisitione (5) Confirmabitur : nec satisdabit (6) pupillo Rem salvam fore. *l.* 2. LIB. 3. REGUL.

Sed et si Curator a matre testamento datus sit filiis ejus, decreto confirmatur ex inquisitione. *d. l.* 2. § 1.

Item Alexander rescribit : Testamento matris Tutores dati excusare se necesse non habent; nisi decreto secundum voluntatem defunctæ, et quidem inquisitione habita, dati fuerint. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

VIII. *Quod de matre diximus, idem dic de quovis alio præter justum patrem.*

Hinc Impuberi liberto patronus frustra Tutorem dabit, sed voluntatem ejus si fides inquisitionis congruat, Prætor sequetur. *l.* 28. § 2. *ff. de Testam. tut.* PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

IX. *Observandum superest quod* In dando Tutores ex inquisitione, et in eum inquiritur qui Senator est : et ita Severus rescripsit. *l.* 18. *ff. de Tutor. et Curat. dat.* ULP. LIB. 6. AD ED.

§ 3. *Ad quam tutelæ speciem pertineat Tutor qui testamento inutiliter datus Confirmatur.*

X. *Tutor qui testamento inutiliter datus Confirmatur, Dativus Tutor est, non Testamentarius.* Sed eos demum testamento datos accipere nos oportet, qui jure dati sunt. *l.* 3. § 1. ULP. LIB. 35. AD ED.

ARTICULUS II.

De confirmando eo Tutore de quo ambigitur an utiliter datus sit.

XI. *Quum ambigitur an Tutor utiliter datus sit, quia de viribus testamenti in quo datus est disputatur; Confirmandus etiam est.* F. G. Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam, exheredato filio, cui Tutorem pater jure dedit; eumdem a Prætore Confirmari oportet. Eventus judicatæ rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto

(1) Possunt adjungi Tutoribus datis tanquam Curatores duntaxat. Nam *jam Tutorem habenti non datur Tutor.*

(2) De pietate enim patris præsumitur, ipsum omnem autem adhibuisse in inquirendo de eo quem filiis suis Tutorem dare voluit.

(3) Adeoque non jure solis enim impuberibus testamento dare Tutores Lex XII Tab. permisit.

(4) Lex XII. Tab. permisit dare Tutores, non Curatores. Russardus inverse legit *Si filio impuberi pater Tutorem aut puberi Curatorem, etc.* Servanda videtur lectio Florentina; cujus sensus est puberi Tutorem datum Confirmandum esse, ut sit Curator; et vice versa impuberi Curatorem datum, Confirmari ut sit Tutor.

(5) Non quia minus præsumatur de pietate matris quam patris : sed quia æstimare an quis ad tutelam sit idoneus, virilis animi est; ut dicitur in l. 4. § 4. ff. *Qui pet. Tut.*

(6) Hoc commune est omnibus qui ex inquisitione dantur : ut videb. infra Tit. *de Admin. Tut.*

Prætoris auctoritatem acceperit (1). *l.* 26. § 2. *ff. de Testam. tut.* Papin. lib. 4. respons.

Idem fiet si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendatur, falsumve testamentum nomine pupilli dicatur: etsi patruus extet, legitimus Tutor futurus ab intestato; quia Tutorem habenti, Tutor dari non potest. Nam commodius ipse qui scriptura continetur, a Prætore dabitur; ut sine ullo litis præjudicio (2) justus Tutor autor pupilli ad eam litem fiat. *l.* 27. *ff. d. tit.* Tryphon. lib. 14. disput.

Similiter Si pater exheredatæ filiæ Tutores dederit, et testamentum ejus ruptum dicatur nato posthumo; commodissimum est, eosdem Tutores pupillæ dari ad petendam intestati hereditatem. *l.* 31. *ff. d. tit.* Scævola lib. 4. quæst.

XII. *Jure Novellarum jam non est opus hac Confirmatione quum Testamentum pronunciatur inofficiosum, cum sola eo casu institutio corruat.*

(1) Si enim rescindatur testamentum ut inofficiosum, eum rescisso testamento omnia quæ in eo continentur corruant, tutela testamentaria corruet; adeoque hic Tutor ex decreto Prætoris suam auctoritatem accepisse videbitur.

(2) Legitimæ tutelæ locus esse non potest, quandiu potest esse locus testamentariæ. Igitur quandiu de viribus testamenti ambigitur, non debent admitti Legitimi Tutores. Fieret enim præjudicium juri testamenti de quo lis est. Nullum autem fiet præjudicium liti, si is qui in hoc testamento scriptus est, non ex testamento sed ex Magistratus Confirmatione ad tutelam admittatur.

TITULUS IV.

DE LEGITIMIS TUTORIBUS.

A *Tutoribus qui testamento dantur, transitus fit in hoc Titulo ad secundam tutelæ speciem; scilicet Legitimorum: de qua videndum 1.° Qui sint Legitimi Tutores; 2.° Quando huic tutelæ locus sit; 3.° Quoties deferri possit.*

ARTICULUS I.

Qui sint Legitimi Tutores.

I. Legitimos Tutores nemo dat, sed Lex duodecim Tabularum fecit Tutores. *l.* 5. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Per eminentiam autem Legitimi dicuntur, qui ex Lege XII Tabularum introducuntur. Ulp. frag. *Tit.* 11. § 3.

Generaliter enim Legitimi Tutores sunt qui ex Lege aliqua descendunt. *d.* § 3.

Huc pertinent, agnati; patronus, patronique liberi; parens manumissor, ejusque liberi: de quibus singulis agemus. Quæremus 4.° quid in his personis requiratur ut possint esse Legitimi Tutores; 5.° An etiam cognatis deferatur tutela. Denique videbimus de nova tutelæ Legitimæ specie quæ ex Constitutione Valentiniani et Theodosii, matri defertur.

§ 1. *De Agnatis.*

II. Legitimæ tutelæ Lege XII Tabularum agnatis delatæ sunt, et consanguineis (1). *l.* 1. Ulp. lib. 14. ad Sabin.

Verba Legis sunt: Ast si intestato moritur cui suus heres impubes escit, agnatus proximus tutelam nanciscitor.

Sunt autem agnati qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, quasi a patre cognati: veluti frater eodem patre natus (2), fratris filius nepos ve ex eo; item patruus, et patrui filius, nepos ve ex eo. *l.* 7. Gaius lib. 1. institut.

Adde; quandiu non sunt capite minuti. Hinc Diocletianus et Maximianus: Ad agnatos pupilli jure Legitimo sollicitudinem tutelæ pertinere, nisi capitis diminutionem sustinuerint, manifestissimum est. *l.* 2. *Cod. h. t.*

III. *Agnatis tutela defertur qui proximi sunt. Porro* Proximi appellatione, etiam ille continetur qui solus est. *l.* 155. *ff. de Verb. signif.* Licinnius-Rufinus lib. 7. regul.

Quod Si plures sunt agnati, proximus tutelam totam suscipitur; et, si eodem gradu plures sint, omnes eam nanciscuntur. *l.* 9. Gaius lib. 12. ad Ed. prov.

Igitur Si reliquero filium impuberem, et fratrem et nepotem ex alio filio; constat utrosque esse Tutores (3), si perfectæ ætatis sunt (4): quia eodem gradu sunt. *l.* 8. Paul. lib. 38. ad Ed.

Proximos autem agnatos accipimus, non solum quos nullus omnino agnatus, sed et quos nullus hujus muneris capax antecedit.

(1) Consanguinei dicuntur fratres ex eodem patre.

(2) Qui speciali nomine dicitur *consanguineus.*

(3) Frater meus, est patruus hujus impuberis; nepos meus, illi est ex fratre nepos; uterque illum tertio agnationis gradu contingit.

(4) Hæc verba *Si perfectæ ætatis sint*, videntur adjecta a Triboniano propter decisionem legis 5 Cod. h. t. qua nemo Legitimus tutor est ante annum ætatis 25.

V. G. Agnato proprior fœmina, quominus sit impuberis agnati tutor, non objicitur. Ideoque patruus sororem consanguineam habentis fratris filii Legitimus erit Tutor; nec amita patruo magno, vel matertera fratris filiis ne sint Tutores obstat. *l.* 10. HERMOGENIAN. LIB. 2. JURIS EPITOMARUM.

Hinc Interdum alibi est hereditas, alibi tutela; ut puta, si sit consanguinea pupillo: nam hereditas quidem ad agnatam pertinet, tutela autem ad agnatum. *sup. d. l.* 1. § 1.

Consonat Regula Juris: Quo tutela redit, eo hereditas pervenit; nisi quum feminæ (1) heredes intercedunt. *l.* 13. *de Reg. Jur.* Q. M. SCÆVOLA LIB. SING. OPON.

Diximus proximum esse agnatum quem nullus hujus muneris capax antecedit: adde, aut antecedere speratur.

Enimvero Si apud hostes sit frater inferioris gradus agnato tutela non defertur. Nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur; sed interim a Prætore datur. *l.* 1. § 2. ULP. LIB. 14. AD SABIN.

§ 2. *De Patrono et patroni liberis.*

IV. *Lege defertur tutela* Item patronis; id est, his qui ad Legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia; ut qui sperarent hanc successionem iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. *d. l.* 1. ¶ *item patronis.*

Et quidem Tutela Legitima quæ patronis defertur e Lege XII Tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias (2) hereditatium quæ ex ipsa Lege patronis datæ sunt. *l.* 3. ULP. LIB. 38. AD SABIN.

Patronis tamen Interdum etiam sine hereditate tutela defertur, interdum hereditas sine tutela: ut puta in eo qui latitavit, cum servum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter Divus Pius rescripsit Aurelio-Basso, jus patroni eum non habere; his verbis: « PLANE tergiversatio eorum qui » subvertere fideicommissam libertatem velint, eo » modo puniatur, ne jus patroni acquirant in eo » quem liberum esse nolunt ». Idem erit, si filiæ assignatus libertus sit: tutela quidem apud fratres remanebit, ut Marcellus notat; legitima autem hereditas ad sororem pertinebit. *d. l.* 1. § 3.

Item in libertinis, si sit patrona et patroni filius. Nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona obtinebit. Tantumdemque erit, et si sit patroni filia et nepos. *d. l.* 1. § 1. ¶ *item in libertin.*

V. *Utriusque autem sexus libertis patronus debet esse Tutor. Nam* LIBERTI appellatione, etiam libertam contineri placuit. *l.* 172. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 38. AD SABIN. (3).

VI. *Quibuscumque patronis tutela defertur.* Ergo manumissor ex Lege XII Tabularum Tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit. *sup. d. l.* 3. § 1.

Sed etsi hac lege emit ut manumitteret, et ex Constitutione Divi Marci ad Aufidium-Victorinum (4) pervenit ad libertatem; dicendum est, Tutorem esse. *d. l.* 3. § 2.

Plane si forte ex Rubriano (5) Senatusconsulto pervenerit ad libertatem, non habebit Tutorem eum qui rogatus est (6); sed Orcinus (7) libertus effectus ad familiam testatoris pertinebit; in qua specie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere, quæ ad patronos non pertinuit. Quod quidem in omnibus Orcinis libertis locum habet, testamento manumissis. *d. l.* 3. § 3.

VII. *Liberis etiam patronorum tutela defertur: nimirum si nullus supersit patronus hujus muneris capax. V. G.* Sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere. *d. l.* 3. § 6.

Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes cæteros patronos est; quamvis ille filium reliquerit (8). Sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli compatroni Tutores sunt. Simili modo et si in servitutem redactus sit, apparet cæteros esse Tutores. *d. l.* 3. § 5.

VIII. *Quod autem diximus, nullo patrono superstite, liberis patronorum deferri tutelam, sic accipe; ut qui inter liberos in propiori gradu sit, præferatur.*

Proinde si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit; utrum ad solum filium, an vero et ad nepotem tutela pertineat, quia et nepos in fa-

(1) Solas feminas excipit; non masculos impuberes, qui ante Justinianum erant legitimi Tutores: quamvis administratio ipsis, donec ad legitimam ætatem pervenissent, denegaretur.

(2) Cum Lex eos ad commodum hereditatis vocet, videtur tacite eos ad onus tutelæ vocare: cum æquum sit apud eos esse onera, apud quos sunt commoda.

(3) Ad legitimas patronorum tutelas hanc legem pertinere, ejus inscriptio demonstrat; petita ex eodem libro unde lex 3. *h. tit.* N. præced. Constat, item ex Indice Labitti, fragmenta omnia quæ supersunt ex eodem Ulpiani Libro 38 AD SABIN, versari circa tractationem de Tutelis: puta l. 6. l. 15. ff. *de Tutelis*, l. 12. l. 15. *de Testam. tutel.* *l.* 3. *de leg. Tut.*, etc. *Vid. indicem Labitti.*

(4) Qua constituit ut, si emptor servum intra tempus quo ex lege contractus manumittendus erat, non manumiserit; servus tempore elapso, ipso Jure perinde ac si manumissus fuisset perveniat ad libertatem. De qua re vid. Tit. *Qui sine manumiss.* infra lib. 40.

(5) De quo vid. Tit. *de Fideic. libert.* infra lib. 40.

(6) Non habebit illum Tutorem tanquam patronum: verum poterit illum habere Tutorem una cum cæteris testatoris filiis, tanquam patroni filium; ut mox dicitur.

(7) Qui ex Rubriano Senatusconsulto pervenit ad libertatem (dum heres qui rogatus erat manumittere, moram facit libertati) non est libertus heredis qui eum manumittere noluit; sed *Orcinus*, id est ipsius defuncti, quasi directam libertatem accepisset: ut videb. sup. de Tit. *de Fideic. libert.*

(8) Idem observatur circa hereditatem liberti; ut videb Tit. *de Bonis libertor.* infra lib. 38.

milia patris sui proximus est? Hoc apparebit ex legitimis hereditatibus. Legitima autem hereditas ad solum filium pertinet: ergo et tutela ad solum filium descendit; post filium, tunc ad nepotem. *d. l.* 3. § 7.

§ 3. *De Manumissore filii, et liberis hujus manumissoris.*

IX. Qui liberum caput mancipatum sibi (1) vel a parente (2) vel a coemptore (3) manumisit, per similitudinem patroni (4) Tutor efficitur: qui Fiduciarius (5) Tutor appellatur. ULPIAN. FRAGMENT. *Tit.* 11. § 5.

Et alibi. Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem vel deinceps, impuberes quos in potestate habeat, emancipet; vicem Legitimi Tutoris sustinet *sup. d. l.* 3. § *fin.*

Nota: Quo defuncto, si liberi perfectæ ætatis existant, fiduciarii (6) Tutores fratris vel sororis efficiuntur. *l.* 4. MODESTIN. LIB. 4. DIFFERENT.

§ 4. *Quid requiratur in iis quibus Tutela Legitima defertur, ut Tutores esse possint.*

X. *Hi omnes quos enumeravimus, ita demum Legitimi Tutores erunt si sint hujus muneris capaces: qui autem sint capaces necne, vidimus supra Tit.* de Tutel. § 2.

V. G. Si duo pluresve manumittant, omnes tutores sunt. Sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est solos masculos fore Tutores. *sup. d. l.* 3. § 4.

Item Surdus et mutus nec Legitimi Tutores esse possunt, cum nec testamento nec alio modo utiliter dari possint. *l.* 10. § 1. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

§ 5. *An Cognatis Lege deferatur Tutela.*

XI. *Cum cognatis hereditas Jure Civili non deferretur, hinc Diocletianus et Maximianus*: Ad avunculos nec masculorum tutelæ ex Lege XII Tabularum deferuntur: cum solummodo patruis si non se excusaverint, id jus tributum sit. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

Ex Constitutione autem Anastasii; frater emancipatus, ut ad hereditatem, ita et ad tutelam fratris aut sororis admittitur; agnatisque inferioris gradus præfertur. l. 4. Cod. h. tit.

Jure Novellarum; discrimine inter agnatos et cognatos sublato, cognatis hodie Legitima defertur tutela.

§ 6. *De nova Tutelæ Legitimæ specie quæ matri defertur.*

XII. *Ex Constitutione Valentiniani, Theodosii, et Arcadii, Legitimæ quædam tutelæ species matri defertur; quæ tamen differt a cæteris. Nam cæteri Legitimi Tutores sola Legis virtute, deficiente testamentaria tutela, Tutores existunt: mater autem ex Imperatorum illorum Constitutione tutelam non habet, nisi declaraverit se velle hanc tutelam suscipere, et apud Acta juraverit se non convolaturam ad secundas nuptias.* l. 2. *Cod.* Quando mulier tutel.

Ita demum etiam ex illa Lege matri tutela defertur, si aut nulli sint testamentarii Legitimive Tutores, aut fuerint excusati vel remoti. d. l. 2. *Cod.* ¶ his illud.

Justinianus hanc legem porrigi voluit etiam ad matres illegitimorum liberorum; sanxitque ut prætera Senatusconsulto Velleiano apud Acta renuntiantes, bona sua huic tutelæ supponerent. l. fin. Cod. *d. tit. et* Novell. LXXXIX.

Ex Novella autem XCIV. cap. 2. *ne detur perjurii occasio, matres Actis citra jusjurandum Senatusconsulto Velleiano et secundis nuptiis renuntiant: cæterum si postea convolent, removentur.*

Ex Novella CXVIII. cap. 3. *mater et avia in tutela filiorum aut nepotum suorum omnibus Legitimis præferuntur.*

ARTICULUS II.

Quando Legitimæ Tutelæ locus sit.

XIII. *Legitimæ tutelæ locus est, quum testamentaria deficit.*

(1) Filius, ut emanciparetur, ter imaginario emptori *mancipandus* totiesque manumittendus erat. Prima et secunda vice manumissus, recidebat in potestatem patris; tertia, fiebat sui juris, sed quasi libertus ejus cui mancipatus fuerat. Plerumque autem conveniebat inter patrem et imaginarium emptorem, ut emptor hunc filium sibi pro tertia vice mancipatum non manumitteret; sed patri remanciparet, ut a patre manumitteretur: quod pactum vocabatur *Fiducia*. Alii præter filium liberi, filiæ scilicet et nepotes et deinceps, semel duntaxat erant ita mancipandi et manumittendi. Vid. supra lib. 1. Tit. *de Adopt. et emancip.*

(2) Quo casu emptor imaginarius, Tutor efficitur.

(3) Id est, ab imaginario filii emptore sibi parenti remancipatum quo casu parens ipse fit Tutor.

(4) Cum enim eum manumittendo efficiat eum sui juris; est instar patroni: sive parens illo sit, sive emptor imaginarius.

(5) Obtinuit tamen ut parens qui emancipasset filium, etiam diceretur Tutor *Legitimus*: ut vid. in Institutionib.

(6) Atqui filius patroni, Legitimus Tutor est: cur ergo non et ita appellabuntur liberi parentis manumissoris? Ratio disparitatis est, quod patronus transmittat ad liberos suos jus patronatus quod habet in libertum; quemadmodum et dominium transmisisset, si eum non manumisisset: at parens qui emancipavit filium, sicut non transmisisset patriam suam potestatem, ita nec jus quasi-patronatus transmittit ad liberos quos in potestate retinuit. Cum igitur hi nullum jus patronatus habeant in fratrem suum, non possunt dici ejus *Legitimi* Tutores: sed defectu alterius nominis, dicuntur *Fiduciarii*. Denique patroni liberi per consequentias hereditatis legitimæ liberti quæ ipsis defertur, fiunt huic patris sui liberto *Legitimi* Tutores: cum autem fratribus legitima fratris sui emancipati hereditas non deferatur, non possunt dici ejus *Legitimi Tutores*.

Unde Paulus : Intestato parente mortuo, agnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur, non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis Tutores non dedit : quantum enim ad tutelam pertinet, intestatos est.

Idem dicemus, si Tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit. Nam tutela ejus ad agnatum revertitur. *l.* 6. Paul. lib. 38. ad Ed.

Similiter Ulpianus : Quod si Tutor testamento datus decesserit; ad Legitimum tutela redit, quia hic Senatusconsultum (1) cessat. *l.* 11. § 3. *ff. de Testam. tut.* Ulp. lib. 37. ad Sabin.

Plane si duo pluresve fuerint Tutores testamentarii; in locum ejus qui decessit vel in civitate esse desiit, poterit dari alius (2).

Cæterum si nullus supersit, vel in civitate sit; Legitima tutela succedit. *d. l.* 11. § 4.

XIV. *Observandum* 1.° *non videri defecisse tutelam testamentariam ut Legitimæ locus sit, donec speratur aliquis ex testamento tutor.*

Hinc Si quis sub conditione vel ex die Tutorem dederit; medio tempore alius Tutor dandus est, quamvis Legitimum Tutorem pupillus habeat (3). Sciendum est enim, quandiu testamentaria tutela speratur, Legitimam cessare. *d. l.* 11.

Pariter Si hereditas nondum adita sit, ex qua Tutor speratur; verius est alium Tutorem posse dari, quasi nondum sit, sed (4) speretur. *l.* 10. *ff. de Testam. tut.* Ulp. lib. 36. ad Sabin.

Observandum 2.° *tunc demum esse locum Legitimæ tutelæ, quum testamentaria ipso Jure deficit, non quum facto Magistratus.*

Hinc Ulpianus : Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit Tutor testamentarius; adhuc dicimus in locum excusati dandum, non ad Legitimum Tutorem redire tutelam. *sup. d. l.* 11. § 1. *d. tit.*

Idem dicimus et si fuerit remotus. Nam et hic idcirco abit ut alius detur (5). *d. l.* 11. § 2.

ARTICULUS III.

Quoties deferri possit Legitima Tutela.

XV. *Pluries deferri potest Legitima tutela; scilicet si proximi agnati quibus delata fuit, pupillo adhuc impubere mortui fuerint.*

Non tantum autem morte, verum etiam capitis diminutione, successio debet in Legitima tutela admitti. Quare si proximior capite diminutus est; qui post eum est, succedit in tutelæ administratione. *l.* 3. § 9. Ulp. lib. 38. ad Sabin.

Secus est; si in his qui primo gradu sunt tutela Legitima defecerit, non ipso Jure, sed facto Magistratus.

Unde Quæri potest : Si patroni filios sit remotus vel excusatus, an nepoti tutela deferatur? Et Marcellus in ea sententia est, ut succedi non posse scribat : idcirco enim abierunt tutela ut alii in locum eorum dentur, non ut successio admittatur (6). *d. l.* 3. § 8.

(1) Ex Senatusconsulto in eam rem facto (quodnam illud sit, ignoratur) dantur Tutores in locum testamentarii tutoris qui ab administratione prohibetur. At quum decessit, nullusque adeo testamentarius Tutor superest, non est huic Senatusconsulto locus.

(2) Quandiu enim vel unus testamentarius remanet aut speratur, Legitimæ Tutelæ locus esse non potest, cum non defecerit testamentaria.

(3) Id est, quamvis existant qui essent Legitimi Tutores, si testamentaria deficeret.

(4) Ita restituenda lectio. Male vulgo, *nec speretur.*

(5) A Magistratu : qui proinde *Dativus* erit. Ratio est, quia Magistratus potest quidem tutorem Testamentarium ab administratione Tutelæ excusare aut removere; at non potest jus et nomen Tutoris quod Lex ei dedit, adimere : nec enim Magistratus potentior esse potest ipsa Lege. Cum igitur quantum ad subtilitatem tutor adhuc sit, qui excusatus aut remotus est; non videtur testamentaria Tutela ipso Jure deficere : adeoque *Legitimæ* locus esse non potest.

(6) Similis ratio hic in Tutela Legitima, quæ in Not. præced. in Testamentaria.

TITULUS V.

DE TUTORIBUS ET CURATORIBUS DATIS AB HIS QUI JUS DANDI HABENT; ET QUI, ET IN QUIBUS CAUSIS SPECIALITER DARI POSSUNT.

Expositis *duabus prioribus Tutelæ speciebus, jam de tertia quæ* Dativa *appellatur. Simul tractatur et de Curatoribus; sive iis qui aut in omnem rem, aut ad certas causas impuberibus dantur; sive qui puberibus minoribus viginti-quinque annis petentibus et desiderantibus dantur. Cum enim hæ Curationes sint Dativæ, harum tractationem cum Tutelis Dativis recte conjungi existimaverunt Pandectarum ordinatores.*

Videndum 1.° *de Tutela et Cura Dativa in genere ;* 2.° *De variis speciebus Tutorum et Curatorum Dativorum qui impuberibus dantur, necnon de Adjutoribus tutelæ ;* 3.° *De Curatoribus puberum.*

ARTICULUS I.

De Tutela aut Cura Dativa in genere.

I. *Tutela Dativa est, quæ a Magistratu datur.*

De hac Tutelæ specie ita Hermogenianus: Si quæratur an ex inquisitione recte datus sit Tutor, quatuor hæc consideranda sunt: an hic dederit, qui dare potuit; et ille acceperit, cui fuerat dandus, et is datus, cujus dandi facultas erat: et pro tribunali Decretum interpositum. *l.* 7. § 1. *ff. de Confirm. tut.* HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

§ 1. *Qui dare Tutores possint.*

II. Tutoris datio neque imperii (1) est, neque jurisdictionis (2); sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. *l.* 6. § 2. *ff. de Tutelis.* ULP. LIB. 38. AD SABIN.

Lex Attilia (3) jubet mulieribus pupillisve non habentibus Tutores dari a Prætore et majore parte (4) Tribunorum plebis: quos Tutores, ATTILIANOS vocamus. Sed quia Lex Attilia Romæ tantum locum habet, Lege Julia et Titia (5) prospectum est ut in provincia quoque similiter a Præsidibus earum dentur Tutores. ULP. FRAGM *Tit.* 11. § 10.

Igitur Sive Proconsul, sive Præses; sive etiam Præfectus Ægypti, sive Proconsulatum obtineat provinciæ, vel temporis causa (Præside defuncto), vel quia ipsi provincia regenda commissa est; Tutorem dare poterit. *l.* 1. ULP. LIB. 39. AD SABIN.

Legatus quoque Proconsulis, ex Oratione Divi Marci Tutorem dare potest (6). *d. l.* 1. § 1.

Quinetiam Jus dandi Tutores datum est omnibus Magistratibus municipalibus (7); eoque Jure utimur: sed illum qui ab eodem municipio vel agro ejusdem municipii est. *l.* 3. ULP. LIB. 36. AD ED.

Et Ubi absunt hi qui Tutores dare possunt, Decuriones jubentur dare Tutores; dummodo major pars conveniat. Ubi non est dubium, quin unum ex se (8) dare possint. *l.* 19. PAUL. LIB. 16. AD PLAUT.

Ex constitutione Justiniani, quum facultates pupillorum aut adolescentium non excedunt quingentos solidos, non debet expectari ut ipsis a Præsidibus creentur Tutores, aut Curatores; sed Magistratus municipales, adhibito Episcopo, eos creare possunt. l. 30. *Cod.* de Episc. aud.

III. *Ipsi autem demum quibus hoc jus Lege concedi diximus, Tutores dare possunt. Cæterum,* Nec mandante Præside, alius tutorem dare poterit (9). *l.* 8. ULPIAN. LIB. 8. DE OMNIBUS TRIBUNALIBUS.

§ 2. *Cui possint Magistratus dare Tutores et Curatores.*

IV. Quod permittitur Tutorem dare, provinciæ Præsidi; eis tantum permittitur qui sunt ejusdem provinciæ, vel ibidem domicilium habent. *l.* 1. § 2. ULP. LIB. 39. AD SABIN.

Quum tamen pupillo qui diversa patrimonia habet, singulorum patrimoniorum Tutores dantur; a Magistratibus locorum ubi hæc sunt patrimonia, recte dantur.

Igitur Pupillo qui tam Romæ quam in provincia facultates habet, rerum quæ sunt Romæ, Prætor; provincialium, Præses, Tutorem dare potest. *l.* 27. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOM.

Consonat quod rescribit Antoninus. Magistratus ejus civitatis unde filii tui originem per conditionem patris ducunt, vel ubi eorum sunt facultates, Tutores vel Curatores his quam primum

(1) Nam *Imperium* in coercitione consistit. Porro in dando Tutore nulla coercitio versatur; sed tunc demum coercitione opus est, si tutelam administrare detrectet.

(2) Ea enim demum sunt *Jurisdictionis*, quæ Magistratui competunt ex jure primævo sui magistratus: ut vid. supra lib. 2. Tit. *de Jurisd.* N. 2 et 15. Jus autem dandi Tutores, Magistratibus non ex jure magistratus competit, sed ex Lege quæ hoc jus ipsis concessit.

(3) Heineccius censet hujus Legis seu Plebisciti auctorem L. Atilium Tribunum plebis, cujus mentionem facit Livius IX. 30. Illud certum est, hanc Legem esse antiquam: nam jam anno U. C. 567. idem Livius XXXIX. 9. facit mentionem Tutoris petiti a Prætore et Tribunis. Hoc Jus postea mutatum est: nam cum Prætor et Tribuni eo munere dandi Tutoris negligentius fungerentur, Senatusconsulto Claudiano jus dandi Tutores Consulibus datum est; ut videre est apud Suetonium in CLAUDIO cap. 23. Imperator Antoninus restituit jus dandi Tutores, Prætori; et huic officio singularem Prætorem præfecit, qui dicebatur PRÆTOR TUTELARIS. Julius-Capitolin. in vita Marci.

(4) Omnes Tribuni non cum Prætore adhibebantur. Sed singulare est ut hic vincerent suffragia majoris partis Tribunorum plebis; quum alias vel uni jus esset intercedendi turbandique reliquorum decreta. Ita recte observant Hotomanus, Vinnius, Heineccius, etc.

(5) Heineccius et Schultingius, H. Valesium secuti, censent hanc Legem sub Augusto latam anno ab U. C. 723, quo anno, cum Cæsare Augusto M. Titius Marci filius erat Consul suffectus; et mendose in Fastis legi *M. Tullius Marci filius.* Lex ab utroque Consule JULIA et TITIA dicta est.

(6) Non vi mandatæ ipsi jurisdictionis a Præside; sed proprio jure quod ipsi a D. Marco concessum est.

(7) Ex præcepto tamen Præsidum, ut dicitur in l. 46. § 6. ff. *de Admin. Tut.* Et hoc Præsides ipsis præcipere solebant, quum magnæ non erant pupilli facultates: ut vid. in Institut. Cæterum hoc jussu intervenientes dant Tutores, non quasi jure Præsidum ipsis mandato (nec enim mandari potest, ut mox dicemus N. seq.) sed jure suo: et hinc est quod nonnisi municipii aut civem dare possunt.

(8) Vid. infra N. 10.

(9) Non enim mandare potest Magistratus nisi ea quæ jurisdictionis sunt; non vero ea quæ ex speciali Legis concessione habet: l. 1. et l. 2. ff. *de Offic. ejus cui mand. est jurisd.* quam vid. supra lib. 2. Tit. *de jurisd.* N. 15. et 17.

secundum formam perpetuam dare curabunt. Quod si filii tui neque possident quicquam in provincia ubi morantur, neque inde originem ducunt: restituti apud patriam suam et ubi patrimonium habent, morabuntur; et ibi defensores legitimos sortientur. *l. un. Cod. Ubi petantur tut. vel curat.*

§ 3. *Quis dari possit a Magistratu Tutor aut Curator, et quot possint dari.*

V. *Maxime eum tutorem Curatoremve dare non possunt Magistratus, qui non est hujus muneris capax.*

Hinc ΕΙΔΕΝΑΙ, *etc.* [*id est*] Scire oportet Magistratus, quod Curatrices Minoribus mulieres non creabunt. *l.* 21. MODESTIN. LIB. 1. EXCUSATION.

VI. *Item dare non possunt nisi eum qui ipsorum jurisdictioni subditus sit.*

Hinc Neque a Præside alterius provinciæ, neque a Magistratibus municipalibus Tutorem ortum ex alia civitate, nec domicilium ubi nominatur habentem, jure dari posse ab eo cujus jurisdictioni subjectus non est, certissimi Juris est. Neque cessatio injuncti perperam officii ad periculum ejus pertinet. *l.* 5. *Cod. Qui dare tutor.* DIOCLET. ET MAXIM.

Hinc Divi Marcus et Verus Cornelio-Proculo: « SI QUANDO desint in civitate ex qua pupilli » oriundi sunt, qui idonei videantur esse Tutores; » officium sit Magistratuum inquirere ex vicinis » civitatibus honestissimum quemque, et nomina » Præsidi provinciæ mittere; non ipsos arbitrium » dandi sibi vindicare ». *l.* 24. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

[*Item rescriptum alibi iterum refertur:* Si quando desint in civitate ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur: officium est Magistratuum, exquirere ex viciuis civitatibus honestissimum quemque, et nomina Præsidibus provinciæ mittere; non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare. *l.* 1. § 10. *ff. de Magistr. conven.* ULP. LIB. 37. AD ED.]

Sed et eum qui suæ jurisdictioni subditus est, Magistratus ex certis causis non debet Tutorem vel curatorem dare.

V. G. ΑΛΛΑ ΚΑΝ, *etc.* [*id est*] Sed et si quis a parentibus prohibitus fuerit Tutor esse, hunc neque creare oportet: et si creatus sit nec recusaverit; prohiberi eum esse Tutorem, manente ΕΠΙΤΙΜΙΑ (1). *sup. d. l.* 21. § 2.

Et quidem sufficit ut per consequentias hæc prohibitio inducatur. Hinc ΕΑΝ ΜΗΤΗΡ, *etc.* [*id est*] Si mater sub hac conditione rescripserit filios heredes, SI soluti patris potestate fuerint; solutis his et propter hoc heredibus ipse pater Curator creari non poterit, etiamsi voluerit: ut non alia via hoc quod noluit testatrix, fiat. Et hoc ita a Divo Severo promulgatum est. *d. l.* 21. § 1.

VII. *Item* ΤΟΥΣ ΕΝ ΠΡΕΣΒΕΙΑ, *etc.* [*id est*] Eos qui in Legatione sunt, ne creent Tutores vel Curatores, Magistratus: quia per id tempus quo in Legatione sunt, periculum ad eos non pertinet. *d. l.* 21. § 3.

Igitur ΕΑΝ ΕΠΑΡΧΙΚΟΝ, *etc.* [*id est*] Si provincialem (2) hominem in Legatione existentem Romanus princeps (3) dederit Tutorem; dimittetur. *d. l.* 21. § 5.

Item de cœteris qui publice occupati sunt, dictum puta.

VIII. ΟΥΚ ΕΞΕΣΤΙΝ, *etc.* [*id est*] Non potest Curator esse sponsæ (4) sponsus; ut Senatus dicit; creatus autem talis absolvetur. *l.* 1. § *fin. ff. de Excusat.* MODESTIN. LIB. 1. EXCUSAT.

Pariter Alexander. Maritus, etsi rebus uxoris suæ debet affectionem, tamen Curator ei creari non potest. *l.* 2. *Cod. Qui dar. tut. poss., etc.*

Pariter non poterit socer esse Curator suæ nurus. Hinc Valerianus et Gallienus: Licet Orationis sub D. Marco habitæ verba deficiant (5); is tamen qui post contractas nuptias nurui suæ Curator datur, excusare se debet; ne manifestam sententiam ejus offendat, et labem pudoris contrahat. *l.* 17. *Cod. de Excusat. tut.*

Hanc autem labem vitabunt, si se non immisceant. Hinc Antoninus: Amplissimi Ordinis Consulto, qui pupillam suam uxorem duxit, nuptias contrahere non intelligitur; et tamen infamis constituitur. Sed si tu Demetriæ, quum eam in matrimonio haberes, absens et ignorans Curator constitutus es; potes esse securus, dum tamen alius substituatur (6). Non enim debet ignorantiæ mari-

(1) Id est, *existimatione* illæsa; absque infamia.

(2) Male vulgo vertunt *Præfectorium* hominem. Gothofredus quem secutus sum, recte notat vertendum *Provincialem*; scilicet eum cui, quum ex provincia esset, Romam Legatus venit.

(3) Legendum *Romanus Magistratus*: non enim a Principe dabantur Tutores. Vid. Duaren. ad h. tit. cap. 3.

(4) Cujacius ad h. l. putat *sponsam* et *sponsum* in hac lege pro *uxore* et *marito* accipi oportere. Ut ut sit, non est dubium non solum maritum uxoris, sed nec sponsum sponsæ Tutorem aut Curatorem esse posse; cum tam sponsalia quam nuptiæ inter Tutorem Curatoremve et pupillam aut adultam prohibeantur: supra lib. 23. Tit. *de Ritu nupt.* Part. 2. sect. 3. art. 4. § 1.

(5) Intelligit Senatusconsultum factum sub Marco et Commodo, de quo in Nota præced. Hujus SCti *verba* hic *deficiunt*; cum vetet tantum Ne Curator adultam suam ducat, non autem expresse NE quis uxori suæ curator detur. Attamen id etiam vetari intelligendum est; cum par sit utrobique ratio, ne Curator rationibus reddendis se subducat.

(6) Ratio differentiæ evidens. Quum curator adultam suam ducit, factum ipsius vertitur quod pœnæ Legis subjacet. At quum quis uxori Curator datur; non ipsius, sed Magistratus factum est: proindeque maritus non debet puniri; modo tamen se excuset ab hoc munere.

torum, Amplissimi Ordinis Consulto fraus quæri. *l.* 4. *Cod. de Excusat. tut.*

IX. Etiam municeps (1) Tutor dari potest, modo municipi detur. *l.* 10. *ff. de Tutel.* ULP. LIB. 2. AD ED.

Ex Constitutione autem Valentiniani, Theodosii, et Arcadii: Generali Lege prospectum est, ne qui ad Illustrium Senatorum tutelam Curialibus occupati necessitatibus (2) vocentur. *l.* 1. *Cod. de Tutor. vel curat. Illustr.*

X. *Denique* Prætor ipse se Tutorem dare non potest (3). Sicut nec pedaneus (4) judex, nec compromissarius, ex sua Sententia fieri potest. *l.* 4. ULP. LIB. 9. AD L. JUL. ET PAP.

Et alibi. Prætor neque Tutorem, neque specialem judicem ipse se dare potest. *l.* 4. *ff. de Offic. Prætor.* ULP. LIB. 1. DE OMNIBUS TRIBUNALIBUS.

Item Præses provinciæ non magis Tutorem quam specialem judicem ipse se dare potest. *l.* 5. *ff. de Off. Præsid.* IBID.

Non potest quidem Magistratus se ipsum Tutorem dare; sed collegam suum dare potest. Et Collegarum appellatione hi continentur, qui sunt ejusdem potestatis. *l.* 173. *ff. de Verb. signif.* ULP. LIB. 39. AD SABIN.

Igitur Magistratus municipalis collegam suum quin dare Tutorem possit, non est dubium (5). *l.* 19. § 1. PAUL. LIB. 16. AD PLAUT.

Quinetiam Decreto Decurionum et ipsum Magistratum (6) Curatorem dari potuisse respondi. *l.* 3. *ff. Qui petant tutor.* PAUL. LIB. 10. RESPONS.

XI. *Nil refert autem an æqualis an inæqualis dignitatis sint, pupillus, et Tutor qui ipsi datur.*

Nam ΚΑΙ ΟΙ ΜΗ, *etc.* [*id est*] Et qui non sunt Consiliarii vel Senatores, Consiliariorum vel Senatorum filiis Tutores creantur: sicut et Consiliarii vel Senatores his qui non sunt ex Consiliariis vel Senatoribus. *l.* 22. MODESTIN. LIB. 5. EXCUSATIONIBUS.

XII. *Item dari potest Tutor, et qui jam pro alio Tutore huic pupillo tenetur: ut patet ex specie sequenti.*

Romanius-Appulus ab judice appellaverat, dicens se non debuisse dari in tutela collegam ei quem ipse (quum Magistratus esset) nominasset suo periculo; ne in una tutela duplex periculum sustineret. Decrevit Imperator, Posse quem et fidejussorem pro Tutore esse, et nihilominus Tutorem dari. Itaque detentus est in tutela. *l.* 28. PAUL. LIB. 2. DECRETOR.

XIII. *Vel unicus, vel etiam* Simul plures Tutores dari possunt. *l.* 23. MODESTIN. LIB. 4. PANDECT.

§ 4. *Quæ requirantur necne, circa modum dandi Tutoris.*

XIV. *Ut Tutor recte datus sit, illud potissimum requiritur ut Magistratus intelligat quid agat.*

Unde Si Prætor vel Præses provinciæ in furore aut dementis constitutus dederit Tutorem, non puto valere. Quamvis enim Prætor vel Præses sit, nec furor ei magistratum abroget; attamen datio nullius erit momenti. *l.* 8. § 1. ULP. LIB. 8. DE OMNIBUS TRIBUNALIBUS.

XV. *Non dissimili ratione requiritur ut Magistratus circa personas et circa causam dandi Tutoris non erret.*

Hinc Tutor si petitus fuerit habenti, sed absente eo quasi non habenti datus sit; datio nulla est. Nam (7) et quoquomodo in petitione Tutoris si erratum fuerit in facti causa, maxime post Constitutionem Divorum Fratrum, non valet Tutoris datio. *l.* 10. MARCIAN. LIB. 5. REGUL.

XVI. *Circa modum dandi Tutoris requiritur etiam, ut datio nulla conditione suspendatur.*

Enimvero Sub conditione a Præsidibus provinciarum non posse dari Tutorem placet (8); et, si datus sit, nullius esse momenti dationem. Et ita Pomponius ait.

Hanc autem adjectionem, quam Præsides provinciarum faciunt, Tutorem do, SI SATIS DEDERIT; non conditionem in se habere, sed admonitionem non aliter ei tutelam committi quam si satisdederit: hoc est, non aliter ei gerere permittendum, quam si REM salvam fore caverit. *l.* 6. § 1. *ff. de Tutel.* ULPIAN. LIB. 38. AD SABIN.

XVII. *Denique requiritur circa modum dandi Tutoris, ut causa cognita, et Decreto pro Tribunali interposito, Magistratus Tutores Curatoresve det: ut vid. supra N. 1.*

(1) Hæc vulgata lectio rectior Florentina in qua legitur cum negatione *non municeps.* Sensus est, municipem (id est, Curialem) posse dari Tutorem, sed duntaxat Curiali; a cæterorum autem Tutelis habere excusationem.

(2) Et quidem ob has ipsas *necessitates*, per quas tutelis tam negotiosæ vacare non possent.

(3) Atqui apud se emancipare potest? Disparitas est quod in emancipatione nihil est quod Magistratus cognoscat: sufficit ut velit emancipare: in Tutoris datione cognoscere debet Magistratus an is quem Tutorem dat, is sit quem magis expediat pupillo dari. Igitur si se daret Tutorem, esset cognitor rei suæ: quod esse non debet. Hinc est quod, quamvis Magistratus minor viginti-quinque annis possit apud se manumittere; tamen debet apud Collegam causam probare, non apud se.

(4) Id est, sicut Magistratus non posset seipsum delegare judicem.

(5) Verum cogi non poterit, utpote suo magistratu excusatus. Cujac. Observ. VII. 17.

(6) Municipalem scilicet, id est Duum-virum.

(7) Sensus est: nec ideo solum, quia jam Tutorem habenti Tutor datus est, datio nulla est: sed vel ex eo solo quod erratum fuerit. *Nam quoquomodo, etc.* Quænam autem sit illa *Divorum Fratrum constitutio* cujus hic meminit Jurisconsultus, non satis certum.

(8) Et in hoc Dativi differunt a testamentariis. Cæterum hoc commune est actibus legitimis, ut diem et conditionem non recipiant.

Peculiare est Illustribus personis quod, quum ipsis Tutores dantur, Prætor qui tutelaribus cognitionibus præsidet, Præfectum Urbi et Decemviros in Senatu adhibere debet; quorum consiliis creet ipsis ex quolibet ordine Tutores. l. 1. *Cod.* de Tutor. Illustr.

XVIII. Dari Tutor omni (1) die poterit. *l.* 8. § 2. Ulpian. lib. 8. de omnib. tribunalib.

XIX. *In Tutoris datione, neque ejus qui datur, neque pupilli præsentia requiritur.* Nam Illud semper constitit, Præsidem posse Tutorem dare tam absentem quam præsentem; et tam præsenti quam absenti (*l.* 5. Gaius lib. 12. ad Ed. provinc.): Necnon ignoranti et invito. *l.* 6. Ulp. lib. 8. de omnib. tribunal.

Hinc quærunt Jurisconsulti, quis absens, quis præsens videatur? *Scilicet* Qui extra continentia Urbis est, abest; cæterum usque ad continentia, non abesse videbitur. *l.* 173. § 1. *ff. de Verb. signif.* Ulp. lib. 39, ad Sabin.

Et rursus: Absentem accipere debemus eum qui non est eo loci in quo loco petitur. Non enim trans mare absentem desideramus. Etsi forte extra continentia Urbis sit, abest. Cæterum usque ad continentia, non abesse videbitur si non latitet (2). *l.* 199. *ff. d. tit.* (3) Ulpian. lib. 8. de omnib. tribunalib.

Item Abesse non videtur qui ab hostibus captus est (4); sed qui a latronibus detinetur. *d. l.* 199. § 1.

§. 5. *De officio Magistratus qui dat Tutores aut Curatores.*

XX. *Officium Magistratus qui Tutores aut Curatores dat, potissimum versatur circa inquisitionem quam habere debet de iis quos necessarii pupilli proponunt ut eis tutelam deferat.*

Et quidem ΠΡΟΣ ΤΟΙΣ ΛΟΙΠΟΙΣ, *etc.* [id est] Cum reliquis oportet Magistratum et mores creandorum investigare: neque facultates enim neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona electio vel voluntas et benigni mores. *l.* 21. § 5. Modestin. lib. 1. excusat.

ΔΙΑ ΠΑΝΤΟΣ, *etc.* [id est] Semper autem maxime hoc observent Magistratus, ne creent eos qui se ipsos volunt ingerere ut creentur, quique pecuniam dant: hos enim et pœnæ obnoxios esse Lege promulgatum est. *d. l.* 21. § 6.

XXI. Si peregre agant qui tutores vel Curatores dati sunt; ut intra diem trigesimum, notum his a Magistratibus fiat, Divus Marcus rescripsit. *l.* 29. Paul. lib. sing. de cognitionibus.

ARTICULUS II.

De pluribus singularibus speciebus Tutorum et Curatorum qui impuberibus a Magistratu dantur; necnon de Adjutoribus tutelæ.

XXII. *Variæ sunt species Tutorum et Curatorum qui impuberibus a Magistratu dantur.*

Primo enim dantur a Magistratu, quum deficit tam testamentaria quam legitima tutela. Sed etsi testamentaria tutela ipso Jure non deficiat; testamentarius vero Tutor effectu Tutor non sit, puta excusatus sit aut remotus: datur in ejus locum a Magistratu Tutor: nec legitimæ tutelæ hoc casu locus est; ut vid. supra Tit. de Legit. tutor. N. 13 *et* 15. *Et hi quidem Tutores, sunt usque ad pubertatem Tutores.*

2°. *Est alia Tutorum Dativorum species; scilicet temporariorum, qui a Magistratu ad tempus dantur: puta donec speratur testamentarius Tutor; ut vid. d. tit.* de Legit. tut. *N.* 14.

Item Quum quidam Tutores dati appellassent, quidam autem non adessent; Divus Pius rescripsit, Dandum temporarium Tutorem qui tutela fungatur. *l.* 2. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Hi Tutores ad omnem tutelam Tutores sunt.

3°. *Est autem alia Dativorum Tutorum species, qui pupillo jam Tutorem habenti ad certas causas dantur. Sed et Curatores a Magistratu pupillis dantur ad certas causas. Dantur etiam pupillis Curatores ad omnem rem, qui Tutoribus ipsorum adjunguntur: denique interdum permittitur Tutoribus, ut Actores tutelæ suo periculo constituant.*

De hac tertia Tutorum et Curatorum Dativorum specie hic agendum: et primo de Tutoribus et Curatoribus qui ad Certas causas dantur; deinde de Curatoribus qui pupillis ad omnem rem dantur, et de Actoribus tutelæ.

§ 1. *De Tutoribus aut Curatoribus qui ad certas causas Tutorem habenti dantur.*

XXIII. *Quamvis regulariter Tutorem habenti, Tutor dari non possit; datur tamen ad eas causas ad quas Tutoris auctoritas necessaria est, quum Tutor quem jam habet eam interponere non potest.*

V. G. 1°. Impuberi ad hereditatem adeundam (5) ut Tutor detur, ex causa (6) permissum est. *l.* 9. Marcian. lib. 9. institutionum.

(1) Etiam feriato. Et hoc commune est omnibus actibus voluntariæ jurisdictionis.

(2) Pro absente enim habetur qui latitat, etsi sit in medio foro.

(3) Hanc legem 199. censet Cujacius huc pertinere: quod colligit ex inscriptione De omnibus Tribunalibus, proindeque ad legem 173. § 1. supra, quæ idem continet etsi cum diversa inscriptione.

(4) Nec enim Tutor dari potest captivus, nec ei Tutor dari; cum civitatem amiserit.

(5) Omnes Legis actiones, omnes actus legitimi, per alium non poterant explicari. Porro Aditio hereditatis erat actus legitimus. Igitur pupillus cui delata esset hereditas, eam ipse adire debebat; et ad hunc actum ipsi necessaria erat alicujus Tutoris auctoritas.

(6) Scilicet si Tutor quem jam habet, propter absentiam aliamve causam hanc auctoritatem interponere non posset.

2°. *Item quam ad restitutionem hereditatis petendam necessaria quoque sit Tutoris auctoritas; hinc in specie sequenti, pupillo (quamvis legitimum Tutorem patronum habeat) Tutor datur.* Si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit, et institutus adire nolit; Senatus censuit eum, ai impuberia nomine desideretur, adire cogendum: ut tamen pupillo pupillæ[ve] Tutor ab eo cui Jus daudi erit detur (1), qui tutelam retineat quoad restituatur hereditas; et Rem salvam fore ab herede caveatur. Postea Divus Hadrianus, ut idem in eo servetur cui directa libertas data fuerit (2), rescripsit. *l.* 13. Papin. lib. 11 quæst.

3°. *Denique* Moribus Tutor datur muliari pupillove qui cum Tutore suo Lege (3) aut legitimo (4) judicio agere vult, ut auctore eo agat. Ipse enim Tutor in rem suam auctor fieri non potest. Qui Prætorianus Tutor dicitur, quia a Prætore Urbis dari consuevit. Ulp. fragm. *Tit.* 11. § 24.

Quod Si plures Tutores sint, a Prætore Curatorem (5) posci litis causa supervacuum est; quia altero auctore cum altero agi potest. *l.* 24. *ff. de Testam. tutel.* Javolen. lib. 5. ex Cassio.

Cum ex novo Jure nulla amplius sint judicia Legitima, sed omnia facta sint extraordinaria; non datur amplius Tutor ad litem, sed Curator.

XXIV. *Circa hos Tutores aut Curatores ad litem quærit Ulpianus:* Si pupillus pupillava cum justo Tutore, tutorve cum eorum quo, litem agere vult; et Curator (6) in eam rem petitur: utrum ipsis poscentibus datur, an vero et adversario? Et sciendum est sive agant, sive conveniantur, dari hunc Curatorem posse: sed non alias quam si ipse petat cui dari eum oportet.

Denique Cassius libro 6 scripsit, Talem Curatorem neminem dari posse nisi præsentem, neque cuique nisi præsenti et postulanti. Itaque infanti non potest dari. Idem Cassius ait, Si pupillus Curatorem poscere non vult quominus cum eo agatur, cogi eum a Prætore debuisse. *l.* 3. § 2. *ff. de Tutel.* Ulp. lib. 37. ad Sabin.

Cæterum Quolibet loco et tempore hunc Curatorem dari posse Pomponius libro 16 ad Sabinum scripsit. *d. l.* 3. § 4.

XXV. Possunt autem vel plures in plurium locum vel unus (7) in plurium, vel unus unius loco; vel in unam litem vel in plures, Curator (8) peti. *l.* 4. § 1. *ff. de Tutel.* Paul. lib. 8. ad Sabin.

Et si Titius verbi gratia adversus Seium Curator petitus sit; idem Titius adversus alium Tutor [a] dari poterit; ut ex diversis causis unus duorum Curatorum locum obtineat: quod quidem et adversus eumdem accidet, si in diversas lites in diversis temporibus idem petatur. *l.* 5. § 1. *d. tit.* Pompon. lib. 17. ad Sabin.

At Quum semel petitus sit talis Curator; quandiu is Curator maneat, alius in eamdem litem Curator peti non potest. *d. l.* 5.

Diximus Curatorem vel in unam vel in plures res peti posse. Illud autem quæritur: Si pupillus petat talem Curatorem, nec addat in quam rem; an in omnes controversias datus sit? Et ait Celsus, Servium constituisse in omnes res datum videri. *sup. d. l.* 3. § *fin. ff. de Tutel.*

Sed Quod dicitur, si indistincte datus sit Curator in totam litem datum videri, fortasse eo spectet; si Familiæ erciscundæ aut Communi dividundo aut Finium regundorum actio esset cum Tutore, etsi indistincte datus esset, non solum eo nomine Curator esset quod ageret pupillus pupillave, sed invicem quoque quod cum his ageretur. *l.* 4. *d. tit.* Paul. lib. 8. ad Sabin.

§ 2. *De Curatoribus qui Tutoribus adjunguntur ad universam tutelæ administrationem; necnon de adjutoribus tutelæ seu Actoribus.*

XXVI. In omnem rem Curator dandus est in ejus Tutoris locum qui Reipublicæ causa abfuit. *l.* 15. Paul. lib. 2. ad Ed.

Nec ille desinit Tutor esse. Quod et in omnibus qui ad tempus excusantur, Juris est. *l.* 16. Ibid. lib. 73.

At vero Curator pupillo vel pupillæ non datur, si Tutor eorum adfuerit (9). *l.* 11. Celsus lib. 11. digest.

Tamen Solet etiam Curator dari aliquando, Tutorem habenti; propter adversam Tutoris valetudinem, vel senium ætatis: qui magis administrator rerum, quam Curator esse intelligatur. *l.* 13. *ff. de Tutel.* Pompon. lib. 2. Enchiridii.

(1) Nimirum postquam ab herede qui coactus adiverit, fuerit manumissus: non enim Tutor dari potest nisi libero. Datur autem ipsi Tutor quamvis patronum (heredem a quo manumissus est) Legitimum Tutorem habeat: sed quia heres ille in negotio restitutionis hereditatis quod proprium ipsius negotium est auctor pupillo esse non potest; datur ad hanc causam alius Tutor.

(2) Quamvis filios patroni a quibus ipsi restituenda est hereditas, legitimos Tutores habeat.

(3) *Lege agere* latius patet quam *Agere legitimo judicio*; nam et sine judicio *Lege* agi potest. Vid. Præfat. Part. 1. cap. 1 § 3.

(4) Id est, ordinario. Secus in extraordinariis, ut videb. infra. Hæc ordinaria judicia postea in usu esse desierunt.

(5) Javolenus scripserat *Tutorem.* Tribonianus substituit *Curatorem*; ut legem accommodaret ad Jus Justinianeum quo Tutor non datur ad litem, sed curator: cum jam omnia judicia sint extraordinaria. Ita recte censet Heineccius lib. 1. *Antiq. Rom.* Tit. *de Auctor. Tut.*

(6) Ita substituit Tribonianus pro *Tutor*, tam in hac lege quam in cæteris quæ toto hoc § referuntur.

(7) Id est, non solum plures; sed etiam vel unus potest creari Tutor ad lites in locum plurium Tutorum diversorum pupillorum. Ratio dubitandi erat, quod posset videri difficile et unus homo plurium vicem sustineret: ut dicitur in l. 9. ff. *de Pactis.*

(8) Legendum, *Tutor*; ut supra N. præced. Not. (6).

[a] *Florent.* Tutorem.

(9) Præsens fuit.

Et hunc Curatorem impuberi datum quacumque ex causa, perseverare in diem pubertatis in eadem cura respondi. Ergo post pubertatem alium Curatorem sibi petere debebit. *l.* 25. PAUL. LIB. 10. RESPONS.

XXVII. *Hactenus de curatoribus qui Tutoribus adjunguntur.* Est etiam Adjutor tutelæ; quem solet Prætor permittere Tutoribus constituere (1), qui non possunt sufficere administrationi tutelæ: ita tamen, ut suo periculo eum constituant. *sup. d. l.* § 1. *ff. de Tutel.*

Hic adjutor tutelæ, dicitur etiam ACTOR; *de quo ita Paulus:*

Decreto Prætoris Actor constitui periculo Tutoris solet, quotiescumque aut diffusa negotia sint, aut dignitas vel ætas aut valetudo Tutoris id postulet. Si tamen nondum fari pupillus potest ut procuratorem facere (2) possit, aut absens sit; tunc actor necessario constituendus est. *l.* 24. *ff. de Admin. tut.* PAUL. LIB. 9. AD ED.

Talis Actor nonnisi ab eo qui Tutor est, constitui potest.

Hinc Quanquam mater filii negotio secundum patris voluntatem, pietatis fiducia gerat; tamen jus Actoris periculo suo (litium causa) constituendi non habebit (3): quia nec ipsa filii nomine recte agit, aut res bonorum ejus alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat. *l.* 31. § 6. *ff. de Negot. gest.* PAPIN. LIB. 2. RESPONS.

ARTICULUS III.

De Curatoribus puberum.

XXVIII. *Prætor* Præterea dat Curatorem ei etiam qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest. ULP. FRAGM. *Tit.* 12. § *fin.*

Curator ille, non ad lites solum, sed ad omnem rem constituitur.

Hoc primum Lege Lætoria (4) *indultum fuerat adultis, qui Prætori causas reddidissent cur ipsi bona sua tueri non possent, et de infirmitate consilii sui eum docuissent. Postea Marcus-Antoninus:* « *De Curatoribus (quum ante nonnisi ex Lege Lætoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam* (5) *darentur) ita statuit;* UT OMNES » ADULTI CURATORES ACCIPERENT CAUSIS NON (6) » REDDITIS ». *Jul. Capitolin. in vita Marci.*

Hoc ita, si sibi dari peterent. Nam Inviti adolescentes, Curatores non accipiunt; præterquam in litem. *Instit. Tit.* DE CURAT. § 2.

Hinc de his demum (minoribus viginti quinque annis) qui sibi Curatores dari desideraverunt, accipiendum putat Vinnius quod Ulpianus ait: Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes Curatorum auxilio reguntur: nec ante rei (7) suæ administratio eis committi debebit (8), quamvis bene rem suam gerentibus. *l.* 1. § 3. *ff. de Minorib.* ULP. LIB. 11. AD ED.

Imo Minor Nec per liberos suos, rem suam maturius a Curatoribus recipiat. Quod enim Legibus cavetur, ut singuli anni per singulos liberos (9) remittantur, ad honores pertinere. D. Severus ait, non ad rem suam recipiendam. *l.* 2. *d. tit.* ULP. LIB. 19. AD L. JUL. ET PAP.

XXIX. Curatorem habenti quominus alius Curator detur, Regula (10) Juris non est impedimento. *l.* 20. § 1. MODEST. LIB. 7. DIFFERENT.

(1) Tutor non potest constituere procuratorem qui vice ipsius pupillaria negotia administraret; quia solus dominus Procuratorem constituere potest, ut constat ex ipsa procuratoris definitione: l. 1. ff. *de Procur.* Mutanda igitur fuerunt nomina: quapropter non procuratorem, sed *Actorem* constituere ei Prætor permittit. Is autem ACTOR dicitur ab agendo. Sicut servus qui agendæ rei familiari præpositus est, dicitur *actor:* ita et ille, quod agendis pupillaribus negotiis constituatur, *Actor* dicitur.

(2) Nam si fari potest, ipse Tutore suo auctore procuratorem sibi constituit.

(3) Matrem Jure Digestorum non esse tutricem filiorum, nisi ex Principis indulgentia, supra vidimus Tit. *de Tutelis* N. 6. Quamvis ergo testator ei pupillaria negotia gerenda mandaverit, non poterit ea facere quæ ad Tutoris munus spectant.

(4) De qua vide Notam (1) ad Tit. *de Minorib.* N. 2. supra lib. 4.

(5) Tres casus refert in quibus Curatores dari poterant. Primus est quo ex Lege Lætoria dabantur, scilicet his adultis qui de infirmitate consilii sui apud Prætorem docerent. Secundus est, casus lasciviæ seu prodigalitatis. Tertius dementiæ seu furoris: quibus casibus locus est ei Curationi de qua infra lib. 27. Tit. fin.

(6) Hinc liquet, ante hanc Divi Marci Constitutionem, non passim omnibus adultis qui sibi Curatores dari peterent, Prætorem Curatores dedisse; sed his demum qui causas redderent cur hoc peterent, et de infirmitate sui consilii per suos necessarios adhibita cognitione causæ Prætorem docerent. Quum autem hoc satis oneraret adultorum pudorem; sapienter statuit D. Marcus, ut jam causas reddere necesse non haberent qui Curatores sibi dari peterent. Vid. Heinec. *Antiq. Rom.* lib. 1. Tit. *de Curatorib.*

(7) Heineccius a Vinnio dissentit: censet enim hanc legem intelligendam de omnibus Minoribus. Fatetur quidem eis non dari Curatores nisi hoc desiderent: igitur inviti non accipiunt: sed ait eos, post Constitutionem D. Marci, etsi non desideraverint Curatorem sibi creari quem inviti non accipiant, tamen administrationem rerum suarum non accipere: arg. legis 33. § 1. ff. *de Administr. et peric. Tut.*

(8) Nisi ex indulgentia Principis. Vid. totum Titulum Cod. *de His qui ven. ætat.* qua de re egimus supra lib. 4. Tit. *de Minorib.*

(9) Vid. Tit. *de Munerib. et honorib.* infra lib. 50. Scilicet hoc præmium procreationi liberorum Lex Julia proposuerat, ut quot quis liberos haberet, tot ei remitterentur anni ex ætate ad adipiscendos honores requisita.

(10) Scilicet regula *Tutorem habenti Tutor non datur* quam passim in toto hocce Titulo retulimus. Ideo enim circa tutelas observatur hæc regula; quod, cum tutela principaliter personæ detur, quemadmodum unica est pupilli persona, unica esse etiam tutela debet. Hæc autem ratio cessat in Curatione, cum magis rebus quam personæ detur: et hoc præcipuum est tutelam inter Curationem discrimen.

TITULUS VI.

QUI PETANT TUTORES VEL CURATORES, ET UBI PETANTUR.

Hic *Titulus recte subjungitur tractationi De Dativa tutela: ut sciamus quinam petere debeant a Magistratibus ut Tutores dent, et ubi hoc petere debeant. De hac tamen ultima parte* Ubi petantur, *obiter tantum et per consequentias tractatur in hoc Titulo. Vide et quæ diximus Tit. præced. N. 6.*

Quod spectat ad primam Tituli partem, videbimus 1.° Qui admittantur ad petendos Tutores impuberibus. 2.° Agemus de his qui necesse habent Tutores petere. 3.° Denique inquiremus qui petant Curatores adultis.

ARTICULUS I.

Qui possint impuberibus Tutores Petere.

I. ΕΑΝ ΟΙ, *etc.* [id est] Si minores non habent eos qui ex Legibus sunt defensores; si quidem tutoribus indigent propter ætatem, possunt petere eis Tutores constitui, cognati et qui secundum affinitatem sunt familiares parentum masculorum et feminarum. Possunt et amici parentum, et educatores ipsorum puerorum hoc petere. *l.* 2 Modestin. lib. 1. excusationum.

Igitur V. G. Amita Tutores petere filiis fratris sui non prohibetur. *l.* 5. *Cod. h. t.* Alexander.

Item Diocletianus et Maximianus Prisco rescribunt. Nepotibus fratris tui, si eorum mater in Petendis Tutoribus debito non fungatur officio; Petere Tutores solenniter potes. *l.* 10. *Cod. h. tit.*

II. ΕΑΝ ΜΕΝ ΤΟΙ, *etc.* [id est] Si quidem aliquis vel fenerator vel legatarius vel alius, necessariam habeat adversus pupillum persecutionem; ipse quidem non petet Tutorem pupillo; sed eos qui petere possunt, rogabit petere: vel si hi neglexerint, tunc accedens ad Præsidem hoc ipsum dicet (1) ut, constituto, more legitimo (2) ea adversus pupillum moveatur persecutio. *sup d. l.* 2. § 3.

Item Antoninus rescribit. Si filiis debitoris tui non sunt necessarii qui Tutores petant, potes (3) et ipse curare ut accipiant per quos legitime defendantur. *l.* 4. *Cod. h. tit.*

Cæterum non tenebuntur creditores ipsum pupillum interpellare.

Hinc Pomponius: Non est exigendum a pupillo ut sibi Tutorem petat, aut ut ad tutorem suum proficiscatur. *l.* 2. *ff. de Tutel.* lib. 3. ad Sabin.

ARTICULUS II.

Qui necesse habeant Tutores Petere impuberibus.

III. ΟΙ ΜΕΝ ΟΥΝ, *etc.* [id est] Alii igitur voluntate petunt Tutores. Sunt autem quidam quibus est necesse Petere Tutores, puta mater et liberti. Ex his enim illa damnum (4) patitur; hi autem et puniuntur, si non petierint eos qui ex Legibus defensores sunt. Mater enim expellitur a legitima filii hereditate; quasi existens indigna accipere hereditatem legitimam, negligens ei constitui Tutorem. Et non solum si non petierit; sed et si puritatis (5) gratia petierit eum qui dimitti poterat, deinde dimisso eo vel abjecto, alium non petierit rursum; vel ex studio malos petierit.

Liberti autem ex his causis accusati apud Præsidem, puniuntur ut emendentur, si apparuerint vel propter negligentiam vel propter malitiam non petiisse. *l.* 2. § 1. Modestin. lib. 1. excusat.

Consonat quod rescribit Antoninus. Patroni tui filii si ejus ætatis sunt, ut res eorum per Tutores administrari debeant: cura adire Prætorem, et nomina edere ex quibus Tutores constituantur: ne, si cessaveris, obsequii deserti periculum subeas. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

IV. *Aliis personis hæc necessitas petendi Tutores non imponitur. Igitur* ΟΙ ΟΠΩΣΟΥΝ, *etc.* [id est] Qui qualitercumque dimissi sunt per excusationem a tutela, necesse non habent petere pupillis Tutorem; ut ait Severi et Antonini Constitutio. *sup. d. l.* 2. *ff.* § 6.

Obligationem qua tenetur mater petere Tutores, ad avos et avias sub simili pœna amittendæ ipsorum hereditatis porrexerant Constantius et Julianus. l. 1. *Cod. Theod.* Qui petant Tutor.

Verum cum Justinianus hanc Constitutionem Codici suo non inseruerit; credendum est eam ipsi non placuisse, et esse abrogatam.

(1) Id est, Postquam eos qui petere possunt, constituerit in mora petendi Tutoris, si hoc neglexerint, poterit ipse Præsidem adire, et hoc ipsum dicere se petere ut creetur pupillo Tutor.

(2) Scilicet ut, postquam Tutor creatus fuerit, possit actionem suam persequi ex more qui judiciis peragendis antiquitus constitutus est.

(3) Nimirum postquam interpellaveris propinquos et familiares.

(4) Legitimæ hereditatis: ut mox dicetur.

(5) Id est, defunctorie (*par manière d'acquit*). Quando *Puritatis gratia* petitus Tutor videatur, vid. infra N. 12.

V. *Vidimus matrem duntaxat et libertos teneri ex officio Petere impuberibus Tutores; de liberis plura non dicemus.*

ΤΑ ΔΕ ΠΕΡΙ, *etc.* [id est] Quæ autem de matre dicta sunt, osteoduntur in Epistola Divi Severi, cujus verba subjecta sunt :

« Divus-Severus Cuspio-Rufino. Omnem me ratiooem adhibere subveniendis pupillis, cum ad » euram publicam pertineat, liquere omnibus volo. » Et ideo quæ mater vel non petierit Tutores idoneos filiis snis; vel prioribus excusatis rejectisve, » non confestim aliorum nomina dederit; jus non » habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum ». *sup. d. l.* 2. *ff.* § 2.

Circa hanc Constitutionem videndum 1.° *Quibus liberis mater Tutores petere teneatur; et an ad Tutores tantum an ad alias defensorum species hæc Constitutio pertineat ;* 2.° *Quando mater videatur non Petiisse Tutores, ita ut in Constitutionem incidat ;* 3.° *Ex quibus causis mulier quæ tutores non petiit, excusetur a pœna Constitutionis ;* 4.° *In quo consistat illa pœna.*

§ 1. *Quibus liberis et quos defensores mater Petere teneatur.*

VI. *Mater tutores* Filiis non Petendo punitur, utique et filiabus. Quid si nepotibus? Similiter non Petendo punitur. *l.* 2. § 28. *ff. Ad SC. Tertyll.* Ulpian. lib. 13. ad Sabin.

Quinetiam ex Constitutione Zenonis; Matres naturalibus etiam filiis, ad similitudinem eorum qui ex justis ac legitimis nuptiis suot procreati, Petendorum Tutorum necessitati subjaceant; nulla eis ignorantia Juris, ad evitanda Legibus vel Sacris Constitutionibus definita si petitionem tutorum minus curaverint, profectura. *l.* 11. *Cod. h. tit.*

VII. *Constitutio D. Severi de Tutoribus duntaxat loquitur.* Quid si Curatores non petiit? Verba Rescripti deficiunt. Sed dieendum est, si quidem impuberibus Curatores non petiit, eamdem esse rationem; si jam puberibus, cessare (1) debere. *sup. d. l.* 2. § 29. *ff. Ad SC. Tertyll.*

Consonat quod rescribit Alexander. Matris pietas instruere te potest quos tutores filio tuo petere debes : sed et observare oe quid secus quam oportet, in re filii tui pupilli agatur. Petendi autem filiis Curatores necessitas matribus imposita non est; eum puberes minores annis viginti quinque ipsi sibi Curatores, si res eorum exigit, petere debeant. *l.* 6. *Cod. h. tit.*

Quid si; quum prægnans esset, bonis non petiit Curatorem? Dico in sententiam incidere. Nam et si apud bostes habuit impuberem, idem erit dicendum. *sup. d. l.* 2. § 30. *ff. Ad SC. Tertyll.*

Quid si furioso Tutorem vel Curatorem non petiit? Magis est ut incidat. *d. l.* 2. § 31.

§ 2. *Quando mater non videatur Petiisse Tutores, ita ut in pœnam Constitutionis incidat.*

VIII. *Quatuor casus fingi possunt in quibus mater Tutores Petiisse non videtur, et in pœnam Constitutionis incidit. Duo priores in ipsa Constitutione continentur.* « Si mater non petierit tutores idoneos » filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non » confestim aliorum nomina ediderit; jus non habet vindicandorum sibi bonorum iotestatorum » filiorum. *d. l.* 2. § 23. *ff. ad SC. Tertyll.*

IX. *Primus ergo casus est quum pupilli, cui nondum ullus tutor datus est, mater Tutorem non petit.*

Hoc sic accipe, si nullus huic pupillo ex Lege aut testamento tutor erat. Hinc Diocletianus et Maximianus. Cum jure habenti tutorem tutor dari non possit, intelligis matrem non officium pietatis in petendo tutorem deseruisse; sed jure munitam, merito filio suo Tutorem non postulare. *l.* 9. *Cod. h. tit.*

Cæterum Credendum est et eam matrem Constitutione contineri; quæ a patre noo legitime tutores testamento vel codicillis datos filiis impoberibus, non postulavit Decreto confirmari. *l.* 4. Tryphon. lib. 13. disputat.

Et quidem si non petiit, incidit in Constitutionem : ait enim, vel Non petere. Sed a quo noo petere? Loquitur quidem de Prætore Constitutio. Sed puto et in provinciis locum habere, etiam si a Magistratibus non petat; quoniam et Magistratibus municipalibus dandi (2) necessitas injungitur. *sup. d. l.* 2. § 23. ¶ *et quidem. ff. Ad SC. Tertyll.*

X. *Secundus casus.* Sed et, si prioribus excusatis rejectisve non Confestim aliorum nomina ediderit, punitur. *d. l.* 2. § 38.

Confestim autem sic erit accipiendum, ubi primum potuit; id est Prætoris copiam habuit huic rei sedentis : nisi forte iufirmitate impedita est, vel alia magna eausa quæ etiam mandare eam ad petendos Tutores impediret; ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet. Si enim mortalitate filii præventa est, nihil matri imputetur. *d. l.* 2. § 43.

Sed quod diximus Rejecti, utrum sie accipimus; a Prætore non dati? an etsi suspecti fuerint remoti, vel ob negligentiam, vel ignaviam repulsi? Etiam hos quis Rejectos reete dicet? Ergo et si latitent? Sed longum est (3). Nam nec hoc ei imputetur cur suspectos non fecit...

(1) Quia ipsi puberes sibi petere debent : ut videb. infra Art. fin.

(2) Igitur etiam in monicipiis, matres tenentur Tutores petere liberis suis a Magistratibus municipalibus, qui eos ex Præsidum jussu dare tenentur.

(3) Sensus est : *Ergone* dicemus et eos tutores qui latitant et copiam sui non faciunt ut adsint pupillo cujus tutelam susceperunt, hac *Rejectorum* appellatione contineri : ita ut, si mater eos removeri et in eorum locum alios Tutores dari non curaverit, in pœnam Constitutionis incidat? *Sed longum est;* id est, non in promptu : et longa deliberatione hæc quæstio digna est. *Nam* uno modo considerata hac quæstione; dici potest in gratiam matris, quod *nec ei imputetur cur suspectos non fecit :* ergo oon debet ei imputari cur latitantes non denuntiavit. *Alioquin* vero id est, alio modo considerata hac quæstione, dici potest (et hæc est hæc ratio decidendi) matrem regulariter quidem excusari cum Tutorem suspectum non fecit; quia facile non est ei judicare an Tutor ex fide gerat necne : at in hac specie facile potuit mater desiderare ut Tutor quem latitare videbat, a Prætore evocaretur, et nisi adesset, removeretur; adeoque noo est excusanda si hæc noo fecit. Verbum *Alioquin* sumitur etiam pro *Alio modo :* Calepin.

pectos non fecit. Alioquin, etsi latitarent, potuit Edicto desiderare ut eos Prætor adesse juberet, et suspectos eos removeret si deessent. *d. l.* 2. § 41.

Quid si non compulit eos miscere se tutelæ? Et cum plenum officium a matre desideremus, et hæc ei curanda sunt; ne in hereditate ei obstent. *d. l.* 2. § 42.

Sed et si suspecto tutore pupilli accusato, decretum erit ei adjungi alios; mater eos quoque Petere debet: et, si non petit, incidet in sententiam Constitutionis. *l.* 4. § 2. TRYPHONINUS LIB. 13. DISPUT.

Quæ autem suspectum tutorem non fecit, nec verbis nec sententia Constitutionis in pœnam incidit: quod ejusmodi facta dijudicare et æstimare virilis animi est, et potest etiam delicta ignorare mater; satisque est eam petisse talem qui inquisitione per Prætorem habita idoneus apparuit. Et ideo nec judicium ejus sufficit ad eligendos tutores (1); sed inquisitio fit, etiamsi maxime in bona propria liberis suis testamento tutores dederit. *d. l.* 4. § 4.

Quum unicus tutor excusatus aut remotus est, incidit quidem in pœnam mater quæ Tutorem in ejus locum non petit. Quid ergo si non fuerint omnes excusati, vel non omnes rejecti? Videndum an ei imputetur cur in locum excusati non petiit? Et puto imputandum. *sup. d. l.* 2. § 39. *ff. Ad SC. Tertyll.*

Pariter Quid si decesserint quidam? Puto, licet verba deficiant, sententiam Constitutionis locum habere. *d. l.* 2. § 40.

Hæc ita, nisi per reliquos potuisset tutela administrari. Ait enim Tryphoninus: Sin autem idoneis datis tutoribus pluribus, unus eorum vel decessit, vel temporalem excusationem accepit; mater quæ propterea in loco illius alium non petit quia numerus reliquorum administrationi tutelæ sufficiebat, incidit quidem in verba Constitutionis, sed sententia excusatur. *l.* 4. § 1. TRYPHONIN. LIB. 13. DISPUTAT.

XI. *Tertius casus quo mulier in pœnam incidit, est quando Tutores petiit quidem, sed compulsa.*

Unde Ulpianus: Quid ergo si petiit, sed admonita vel a libertis vel a cognatis? An incidat in Senatusconsultum (2)? Et puto eam incidere, si compulsa fecit; non, si quum petere non cunctaretur, admonita est. *sup. d. l.* 2. § 24. *ff. Ad SC. Tertyll.*

XII. *Quartus casus est, quum petiit quidem, sed perfunctorie seu* Puritatis gratia; *ut supra obiter N.* 3. *ex textu Modestini didicimus.*

Quocirca Ulpianus ait: Non solum autem quæ non petiit, coercetur; sed et quæ defunctorie petiit (ut Rescripto declaratur) vel privilegio munitum, vel oneratum tribus puta tutelis. Sed ita demum, si data opera hoc fecit. *d. l.* 2. § 32.

Quid ergo si tales petiit, et susceperunt nihilominus vel detenti sunt? Excusata erit mater. *d. l.* 2. § 33.

Quid si indignos, id est minus habiles ad tutelam Petierit; quoniam sciebat Prætorem eos non daturum? Quid tamen si dedit eos Prætor, matris petitionem secutus? Jam quidem Prætoris delictum est. Sed et matris punimus consilium. *d. l.* 2. § 34.

Igitur si forte excusati sint illi, vel improbati; debet mater alios sine mora petere *d. l.* 2. § 35.

Ergo sive non petierit, sive idoneos non petierit; punietur: etiamsi dati fuerint minus idonei, Prætore errante. *d. l.* 2. § 36.

IDONEOS autem: utrum facultatibus, an et moribus petere debeat, dubitationis esse potest? Puto autem facile ei ignosci, si locupletes sint hi quos petiit. *d. l.* 2. § 37.

Consonat quod rescribit Antoninus. In locum tutoris defuncti vel in perpetuum relegati, alium dari Tutorem filiis tuis idoneum ex eadem (3) provincia a judice competente (4) postula; qui secundum officium suum utilitatibus eorum providebit. *L.* 3. *Cod. h. tit.*

§ 3. *Ex quibus causis a pœna Constitutionis mater quæ non Petiit Tutores excusetur.*

XIII. *Maxime excusanda est mulier, quæ legitime fuit impedita.*

Hinc Diocletianus et Maximianus. Cum a matribus sedulum Petendi Tutoris officium exigatur; nec fortuiti casus impedimentis (5) ascribantur, proponasque procuratorem qui ad Petendum pupillo Tutorem a matre fuerat constitutus, a latronibus interfectum, petitionem ex necessitate demoratum esse: ab hereditatis successione matrem repelli, cujus nullum vitium intercessisse asseris, perquam durum est. *l.* 8. *Cod. h. tit.*

Item: Sed si forte absens a libertis præventa est, vel ab aliis; dicendum est eam non excludi: nisi

(1) Vid. supra Tit. *de Confirm. Tutor.*

(2) Quidam pro *Senatus-Consultum*, legunt *Sententiam Constitutionis*: nec improbabilis emendatio; cum similitudine siglorum *S. C.* librarii facile decipi potuerint. Enimvero nullum Senatusconsultum novimus quo hæc pœna statuta sit; sed statuta est Rescripto seu Constitutione Severi supra relata: nisi dicamus fortasse ipso Senatusconsulto Tertylliano, quo matres ad hereditatem liberorum vocatæ sunt, hanc pœnam fuisse statutam: ita ut Severus Rescripto supra relato novum Jus non constituerit: quod potest probari ex eo quod plurimi Ulpiani textus ad hanc Constitutionem pertinentes referantur in l. 2. ff. *ad Senatusconsultum Tertyll.*

(3) *Puritatis gratia* peteret, si eum dari peteret qui esset ex alia provincia; cum non possit Magistratus cogere ad suscipiendam tutelam, nisi homines suæ provinciæ qui suæ jurisdictioni subditi sunt. Tit. præced. N. 6.

(4) *Puritatis gratia* etiam peteret, si ab incompetente judice peteret.

(5) Quædam sunt impedimenta quæ matrem non excusant; illa scilicet quæ, etsi matrem impediant petendi tutoris officio per se fungi, si tamen facultatem relinquunt id per alium exequendi. Hisce impedimentis quæ matrem non excusant, non sunt ascribendi *fortuiti casus*; per quos mater non solum per se, sed nec per alium, potuit petere liberis suis tutorem.

forte, quom frustraretur, id contigit. *sup. d. l.* 2. § 27. *ff. Ad SC. Tertyll.*

XIV. *Excusatur etiam mater, quum pupillo non expediebat aut saltem ipsius non intererat Tutorem ipsi Peti.*

Unde Ulpianus : Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub conditione sit relictum, SI TUTORES NON HABUERIT; et propterea ei mater non Petierit ne conditione deficeretur; an Constitutio cesset? Et puto cessare; si damnum minus sit cumulo legati. Quod et in Magistratibus municipalibus tractatur apod Tertullianum : et putat dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno quam in legato. Nisi forte quis putet, conditionem hanc quasi utilitati publicæ oppugnantem remittendam, ut alias plerasque; aut verba cavillatus imputaverit matri cur Curatores non Petierit. Finge autem plenius (1) conditionem conscriptam : nonne erit matri ignoscendum? Aut hoc imputatur matri cur non desideravit a Principe conditionem remitti? Et puto non esse imputandum. *d. l.* 2. § 44.

Ego, etiam si mater ei qui solvendo non erit, non Petiit Tutorem, puto ignoscendum. Consuluit enim ei ut minus inquietetur, quasi indefensus. *d. l.* 2. § 45.

Hinc Et si forte quis uxorem communis filii matrem heredem scripsit; rogavitque remissa etiam satisdatione, ut filio puberi facto restitueret hereditatem; nec mater ei petiit Tutores : debet dici cessare Constitutionem, cum patris voluntatem secuta sit, et nihil habenti filio Tutores non petierit.

Quod si ei remissa satisdatio non fuerit, contra erit; quoniam vel propter hoc debuit Tutores habere. *d. l.* 2. § 46.

Extra hunc casum : Quod si penitus egenis filiis non petit; ignoscendum est ei. *d. l.* 2. § 26.

XV. *Denique* Licet in delictis ætate neminem excusari constet; matri tamen quæ filiis Totorem ætatis lubrico lapsa non petiit, eorum minime denegari successionem convenit : cum hoc in Majoribus tantum obtineat. *l.* 2. *Cod. si advers. delict.* DIOCL. ET MAXIM.

XVI. *Vidimus quibus casibus mater excusetur.*

Quid si pater eis Peti prohibuerat Tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari volnit? Incidet; si nec petat, nec legitime tutelam administret (2). *sup. d. l.* 2. § 25. *ff. Ad. SC. Tertyll.*

§ 4. *Quæ sit pœna mulieris Tutores filiis non Petentis.*

XVII. *Constitutio D. Severi hanc pœnam continet ut mater ab impuberis filii hereditate excludatur.*

Sed si forte impubes post matris cessationem fuerit adrogatus, et impubes obierit; dicendum erit matri adversus adrogatorem non competere Ex stipulatu actionem (3). *d. l.* 2. § 46. ¶ *sed si forte. ff. Ad. SC. Tertyll.*

XVIII. Videndum est, matre prohibita jus suum vindicare, utrum cæteros admittamus atque si mater non esset : an ipsam heredem dicimus fieri, vel aliud nomen successionis induere; sed denegamus ei actiones (4). Et invenimus Rescriptum ab Imperatore nostro Antonino Augusto et Divo patre ejus, Mammiæ-Maximinæ, pridie Idus Aprilis, Plautiano iterum Consule; MATRE REMOTA EOS ADMITTI, QUI VENIRENT SI MATER NON FUISSET. Ergo et agnati cæterique succedent : aut si nemo sit, bona vacabunt. *d. l.* 2. § 47.

XIX. Hæc autem mater ab omni quidem bonorum vindicatione intestatorum filiorum repellitur. Si vero maritus ei fideicommissum a filio reliquerit cui mulier non petit tutorem, SI SINE LIBERIS DECESSERIT, vel sub hac ipsa conditione SI INTESTATUS MORTUUS ERIT; fideicommissi petitio quæ ex alieno judicio descendit, non est perempta. *l.* 4. § 3. TRYPHONIN. LIB. 13. DISPUT.

Sed et ab intestati filii hereditate ita demum mater excluditur, si impubes decesserit. Verum Matres quæ puberes amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierint, præscriptione tamen non petiti Tutoris ad excludendam eorum successionem minime debere præscribi certum est. *l.* 3. *Cod. Ad. Tertyll.* CONSTANTINUS.

XX. *Hactenus de pœna ex Constitutione D. Severi adversus matrem quæ Tutores filiis petere neglexit simpliciter. Est alius casus in quo graviorem pœnam incurrit, ex Constitutione Theodosii et Arcadii. Ita illi :* Omnem matri, sive ab intestato sive jure substitutionis (5) si filius impubes moritur, denegandam volumus successionem; si ea, legitima liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum præstitum (6) aspiravit nuptias, antequam ei Tutorem alium fecerit ordinari; eique quod debetur ratione tutelæ gestæ persolverit. *l.* 6. *Cod. ad SC. Tertull.*

(1) Puta si ita scripta sit conditio; *si nec tutores nec curatores habuerit.*

(2) Impetrando illam a Principe : supra Tit. *de Tutel.* N. 6.

(3) Scilicet ad obtinendam Quartam D. Pii, quam hoc casu adrogator his qui ab intestato successuri essent dare debet : de qua supra lib. 1. Tit *de Adoptionib.* N. 30.

(4) Ratio contextus mihi videtur expostulare, ut hic punctum interrogans reponatur; quod vulgo ante illa verba, *sed denegamus ei actiones.* Hujus enim § hæc quæstio est : An matri quæ filiis tutores non petiit, omnino non deferatur eorum hereditas, *Vel aliud nomen successionis* (id est, Bonorum possessio); an duntaxat denegentur ei actiones hereditariæ; ita ut nomine et titulo tenus heres esse possit, non autem effectu?

(5) Mater quæ simpliciter non petiit tutorem, nonnisi intestati filii impuberis hereditate excluditur; ut modo supra vidimus : in hac vero specie cum gravius peccaverit, etiam a substitutione pupillari.

(6) Vid. supra Tit. *de Legitim. Tutorib.* N. 12.

XXI. *Et* TATTA MEN, *etc.* [id est] Hæc qoidem de Tutoribus. *l.* 2. § 4. MODESTIN. LIB. 1. EXCUSATION.

ARTICULUS III.

Qui Petant Curatores adultis.

XXII. ΚΟΥΡΑΤΟΡΑΣ, *etc.* [id est] Curatores autem Minores sibi ipsis peteot; si quidem adfuerint, per seipsos; si abfuerit aliquis eorum, petet per procuratorem. *d. l.* 2. § 4. ¶ *Curatores.*

An autem alius petere Curatorem possit Minori, quæsitom est? Et Ulpianus Egregius ita scribit, Non licere aliam ei petere, sed ipsum sibi ipsi. *d. l.* 2. § 5.

Hinc Modestinus: Matris sollicitodo in petendis filio tutoribus, non etiam Curatoribus observatur; nisi quo casu impuberi Curator petendus est. *l.* 1. LIB. 7. DIFFER.

Hinc, Et apud Paulum libro 9 Responsorom ita relatum est:

Curatorem ignorante nec mandaote pupilla non recte ei a totore (1) petitum videri; periculumque eorum quæ Curator non Jure datus gesiit, non sine ratioue eum qui petit, cogendum agnoscere.

Et alia parte ejusdem libri ita respondit, Si matris judicium Princeps secutus Coratores filiæ ejus dedit, periculum admioistrationis eorum eam respicere debere. *sup. d. l.* 2. § 5. ¶ *fin.*

XXIII. *Quod hactenus diximus, Curatorem adulti nonnisi ipso petente dari, limitationem patitur in eo Curatore qui ad litem datur. Nam si ipse Minor admonitus hunc petere cessaverit, petente eo qui cum ipso litigaturus est, dabitur.*

Sic enim rescribit Antoninus. Admone adolescentem adversus quem consistere vis, ut Curatores sibi dari postulet; cum quibus secundum Juris formam consistas. Qui si io petendis his cessabit; potes tu competentem judicem adire, ut in daudis Curatoribus officio suo fungatur. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

Similiter Gordianus. Admone eam quæ quondam pupilla toa fuit; cum eam non tantum viri potentem esse sed etiam nupsisse propouas; ut sibi petat Curatorem. Quod si ea petere neglexerit; quo maturius possis ratiouem reddere administrationis, adito eo cujus super ea re notio est, petere Curatorem non vetaberis. *l.* 7. *Cod. h. tit.*

(1) Totor, finita per pubertatem pupillæ tutela, ei Curatorem petiit.

TITULUS VII.

DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTORUM ET CURATORUM QUI GESSERINT VEL NON; ET DE AGENTIBUS, VEL CONVENIENDIS, UNO VEL PLURIBUS.

RECENSITIS *jam variis Tutelarum speciebus; Pandectarum ordinatores in hoc Titulo tractant de earum, simul et Curationum,* ADMINISTRATIONE ET PERICULO.

Hujus Tituli materia in sex Articulos dividetur. Primus erit de his quæ sunt prævia Administrationi tutelæ vel curæ. Secundus aget de decernenda uni vel dividenda inter plures tutelæ vel curæ Administratione. In tertio tractabitur quomodo ad Administrandum compellantur Tutores et Curatores, et de Periculo eorum qui cessant. In quarto exponemus quæ complectatur necne Tutoris Administratio. In quinto quæremus quando finiatur. In sexto videbimus quam vim obtineant a Tutore gesta. De Actionibus quæ ex hac Administratione descendunt, agemus proprio Titulo infra de Tutel. et rat. distrah. *lib. seq.*

ARTICULUS I.

De his quæ sunt prævia Administrationi Tutelæ vel Curæ.

I. *Duo sunt Administrationi Tutelæ vel Curæ prævia: scilicet Tutorum vel Curatorum satisdatio* REM PUPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE; *et Inventarium quod Tutores conficere debent.*

Præter hæc duo, requiritur ex Novella LXXII. cap. fin. ut Tutor juret actis Evangeliis se ex fide Administraturum.

De hoc jurejurando, id unum sufficiat. Circa satisdationem autem (quamvis sit proprius de illa titulus infra lib. 46.) *tamen hic quærendum videtur.* 1.° *Qui Tutores vel Curatores satisdare teneantur;* 2.° *Quatenus sit necessaria satisdatio;* 3.° *Quomodo Tutores et Curatores compellantur ad satisdandum. Pauca subjungemus de Inventario.*

§ 1. *Qui Tutores vel Curatores satisdare teneantur.*

II. *Et* 1.° *videamus de Tutoribus legitimis.* Etiam hos cogi satisdare certum est; in tantum ut etiam patronum et patrooi filium cæterosque liberos ejus, cogi REM SALVAM FORE satisdare plerisque videatur.

Sed hoc causa cognita Prætorem statuere debere melius est; utrum debeat satisdare patronus liberique ejus, an non: ut, si persona honesta sit,

remittatur ei satisdatio; et maxime si substantia modica sit: Si autem patroni persona vulgaris vel minus honesta sit; ibi dicendum est satisdationem locum habere: ut aut modus tutelæ, aut persona, aut causa admittat satisdationem. *l.* 5. § 1. *ff. de Legitim. tutor.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Maxime autem in specie sequenti, a patrono Tutore satisdatio exigenda erat; scilicet quum patronus is esset, qui impuberem manumittere eique hereditatem restituere rogatus, nonnisi coactus hereditatem adivit.

De hac specie ita Papinianus. Quamvis autem a patrono, REM SALVAM PUPILLO FORE, non facile cautio exigatur; tamen Senatus pro extraneo haberi voluit eum qui (quod in ipso fuit) etiam libertate privavit impuberem. Et jus quidem liberti, quod habet quia ex causa fideicommissi manumittit, non est ei ablatum: tutela vero sine vinculo cautionis non committitur. Quid ergo si non caveat? Non dubie tutela non erit apud patronum. *l.* 13. § 1. *ff. de Tutor. et curat. Dat.* PAPIN. LIB. 11. QUÆST.

Obiter nota: Sed si puella duodecimum annum impleverit, Tutor desinit esse. Quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus Curatores dari solent; si Curator patronus petatur fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis (1). *d. l.* 13. § 2.

Hactenus de legitimis Tutoribus.

III. 2.° Testamento datos Tutores non esse cogendos satisdare REM SALVAM FORE, certo certius est. *l.* 17. *ff. de Testam. tut.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Idem de his qui a patre non Jure dati confirmantur.

Sic enim Julianus: Qui a patre Tutor scriptus est, aut non justo testamento, aut non ut Lege præcipiebatur; confirmandus est ad tutelam gerendam, perinde ac si ex testamento Tutor esset; id est, ut satisdatio ei remittatur. *l.* 3. *ff. de Confirm. tut.* LIB. 11. DIGEST.

IV. 3.° *Item non satisdant quicumque ex inquisitione a majoribus Magistratibus dantur*: Instit. *Tit.* de Satisdat. Tutor. *in pp.*

A Magistratibus autem municipalibus dati satisdant.

Hinc Papinianus: Tutores a patruo testamento datos jussit Prætor, Magistratus confirmare. Hi cautionem quoque accipere debuerunt. Nec voluntas ejus (2) qui Tutorem dare non potuit, negligentiam Magistratuum excusat.

Denique Prætor non ante decretum interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronunciatis. Unde sequitur ut, si tutelæ tempore solvendo non fuerint, in id quod de bonis eorum servari non possit, contra Magistratus (3) actio decernatur. *l.* 5. *ff. de Confirm. tut.* LIB. 11. QUÆST.

V. *Hi quibus remitti satisdationem diximus, interdum aut satisdare, aut Administratione cedere tenentur: scilicet contutori satis offerenti. Nam* Dativus vel testamentarius Tutor sive Curator, non petet SATIS a collega suo; sed offerre ei poterit, utrum SATIS accipere velit, an dare. *l.* 7. *ff. Rem pupilli vel adolesc.* MODEST. LIB. 6. REGUL.

De ea re plura Art. seq.

§ 2. *Quatenus necessaria est satisdatio.*

VI. *Antequam satisdederint Tutores vel Curatores, Administrare non possunt. Hinc Valerianus et Gallienus:* Si nondum vobis ætas legitima completa est; satisdationem ab his quos minus idoneos Curatores vobis ab adversario, quum magistratu fungeretur, datos dicitis, postulate. Prohibentur enim ab Administratione, nisi securitati vestræ satisdatione prospexerint. *l.* 1. *Cod. de Tutore vel curat. qui satis, etc.*

Quinetiam si quid gesserint, ipso Jure nullum est.

Ita enim rescribunt Diocletianus et Maximianus. In dubium non venit Tutores qui testamento dati non sunt, Administrandi potestatem nisi satisdatione emissa SALVAM TUTELAM FORE, non habere. Si igitur Tutor, qui pro tutelari ufficio non caverat, judicio expertus est; adversus eum lata Sententia juri tuo officere non potuit: nec ea quæ ab eo gesta sunt, ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea quæ ab eo gesta sunt, ipso Jure irrita sunt. *l.* 3. *Cod. d. tit.*

Ita etiam rescribunt Constantinus et Maximianus. Tutor qui satisdationem, quum satisdare debuit, minime interposuit; nihil omnino ex bonis pupilli alienare potest. *l.* 5. *Cod. h. tit.*

VII. *Ea tamen quæ moram non recipiunt, ante satisdationem exhibitam possunt exequi. Hinc statim subjicitur:* Posteaquam autem ad tutelæ Administrationem electus est; et bonorum possessionem pupilli nomine agnoscere eum potuisse, et cætera ejus quæ tempore arctarentur persequi debuisse aperte claret. *d. l.* 5. *Cod.*

§ 3. *Quomodo Tutor vel Curator compellatur ad satisdandum.*

VIII. Eum Tutorem qui superest (4); si secundum Præsidis præceptum et Juris formam satis non dat, removeri a tutela; si inopia hoc faciat, sine infamia; si fraude, etiam cum nota; aditus Rector provinciæ jubebit. *l.* 2. *Cod de Tutor. vel Cur. qui satis non ded.*

(1) Scilicet quum a majore Magistratu datur ex inquisitione infra N. 4.

(2) Patrui scilicet.

(3) Municipales, quibus Prætor mandavit ut inquirerent vel satis exigerent.

(4) Cæteris defunctis.

IX. ΕΑΝ ΤΙΣ, *etc.* [id est] Si quis creabitur Tutor existens in patris potestate, deinde pater noluerit pro eo cavere; jusserunt Leges et ipsum patrem creari Tutorem, ut nullo modo impediatur tutelæ cautio: ut ostendit Divi Hadriani Constitutio.

« Imperator Hadrianus Bitrasio-Pollioni (1) Legato Lygdonensi (2). Si Claudius-Macer, quamvis filiusfamilias sit, idoneus Tutor esse videbitur, pater autem ejus idcirco cavere non vult ut filium suum tutela eximat, et in hoc artificio perseveraverit: existimo te huic fraudi recte occursurum, ut et filius, et ipse, ad tutelam liberorum Clementis gerendam compellantur ». *l.* 15. § 17. *ff. de Excusationib.* Modest. lib. 6. excusat.

§ 4. *De Inventario.*

X. Tutor qui Repertorium non fecit (quod vulgo Inventarium appellatur) dolo fecisse videtur. Nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit cur id factum non sit. Si quis igitur dolo Inventarium non fecerit, in ea conditione est ut teneatur in id quod pupilli interest: quod ex jurejurando in litem æstimatur.

Nihil itaque gerere ante Inventarium factum eum oportet, nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit. *l.* 7. Ulp. lib. 37. ad Ed.

Hæc confirmavit Justinianus: præcepitque ut, nisi specialiter hæc testator vetuerit, teneantur Tutores et Curatores Inventarium rerum pupilli conficere; nec interim possint Administrationi se immiscere; et, si Inventarium non conficiant, cum infamia removeantur. l. fin. Cod. Arbitrium Tutel.

ARTICULUS II.

De decernenda uni, vel dividenda inter plures, Tutelæ Administratione.

§ 1. *De decernenda uni Administratione.*

XI. *Quum plures Tutores sunt, interdum uni decernitur Administratio.*

Et quidem Si parens vel pater qui in potestate habet, destinaverit testamento quis Tutorum tutelam gerat; illum debere gerere Prætor putavit. Meritoque parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit. Tantumdem Prætor facit et de his quos parens destinavit testamento, ipse autem confirmavit; ut, si parens declaravit quem velit tutelam administrare, ille solus administret. *l.* 3. § 1. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum Prætor dicat, cui testator delegavit, attamen nonnunquam ab hoc recedet: ut puta, si pater minus, pleno consilio, hoc fecit; forte minor viginti quinque annis; vel eo tempore fecit quo iste Tutor bonæ vitæ vel frugi videbatur, deinde postea idem cœpit male conversari, ignorante testatore; vel si contemplatione facultatum ejus res ei commissa est, quibus postea exutus est. *d. l.* 3. § 3.

Nam, etsi unum pater dederit Tutorem, nonnunquam ei adjunguntur Curatores. Nam Imperator noster cum patre rescripsit; quum duos quis libertos suos Tutores dedisset, unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum; Curatores eis adjungendos: nec patris secuti sunt voluntatem. *d. l.* 3. § 4.

Quod in Tutoribus scriptum est, et in Curatoribus erit observandum quos pater testamento destinavit; a Prætore confirmandos. *d. l.* 3. § 5.

XII. *Et hæc quidem de casu quo testator eum elegit qui gereret. Quod* Si non erit a testatore electus Tutor, aut gerere nolet; tum is gerat cui major pars Tutorum tutelam decreverit. Prætor igitur jubebit eos convocari: aut, si non coibunt, aut coacti non decernent, causa cognita, ipse statuet quis tutelam geret. *d. l.* 3. § 7.

Plane si non consentiant Tutores Prætori, sed velint omnes gerere quia fidem non habeant electo, nec patiuntur succedanei esse alieni periculi; dicendum est, Prætorem permittere eis omnibus gerere. *d. l.* 3. § 8.

XIII. *Illud etiam in testamentariis Tutoribus observatur. Hi enim satisdare quidem non coguntur.* Sed nihilominus quum quis offert satisdationem ut solus administret, audiendus est; ut Edicto cavetur. Sed recte Prætor etiam cæteris detulit hanc conditionem, si et ipsi velint satisdare. Nam et, si ipsi parati sunt satisdare, non debent excludi alterius oblatione: sed, impleta videlicet ab omnibus satisdatione, omnes gerent; ut qui contentus est magis satis accipere quam gerere, securus esset. *l.* 17. ¶ *sed nihilominus. ff. de Testam. tut.* Ulp. lib. 35. ad Ed.

Utilius tamen quandoque videtur Tutelam ab uno geri. Et de eo casu accipe quod dicitur: Quod si plures satisdare parati sint, tunc idoneior præferendus erit; ut et Tutorum personæ inter se et fidejussorum comparentur. *l.* 18. *d. tit.* Callistrat. lib. 3. Edicti monitorii.

XIV. Non omnimodo autem is qui satisdet, præferendus est. Quid enim si suspecta persona sit vel turpis, cui tutela committi nec cum satisdatione debeat; vel quid si jam multa flagitia in tutela admisit? Nonne magis repelli et rejici a tutela, quam solus Administrare debeat?

Nec satis non dantes temere repelluntur: quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiamsi satis non dent, non debent rejici; quinimo nec jubendi sunt satisdare. *sup. d. l.* 17. § 1. *ff. de Testam. tut.*

Duplex igitur causæ cognitio est: una ex persona ejus qui obtulerit satisdationem, quis et qualis

(1) Cujacius legit *Vitrasio-Pollioni.*

(2) Haloand. *Lugdunensi.*

est; alia contutorum quales sunt, num forte ejus existimationis vel ejus honestatis sint ut non debeant hanc contumeliam satisdationis subire. *d. l.* 17. § 2.

XV. *Observandum, hanc satisdationis conditionem a solo contutore offerri posse.* Quod Si nemo Tutorum provocet ad satisdationem: sed existat quidam qui Tutor non est; desideraretque ut aut satisdent Tutores, aut, si non dent, parato sibi satisdare committant tutelam; non est audiendus. Neque enim aut extero committenda tutela est, aut testamento dati Tutores contra Jus satisdationi subjiciendi sunt. *l.* 19. *ff. de Testam. tut.* Ulp. lib. 35. ad Ed.

XVI. *Hactenus de testamentariis Tutoribus. Et quidem* Hoc Edictum de De Satisdatione ad tutores testamentarios pertinet. Sed et si ex inquisitione dati sunt Tutores; Marcellus ait, Et ad hos pertinere hoc Edictum: et id Oratione etiam Divorum Fratrum significari: ideoque et illi clausulæ sunt subjecti Ut si cui major pars decernat, is debat quem major pars eligat: quamvis verba Edicti ad testamentarios pertineant. *d. l.* 19. § 1.

Et alibi. In legitimis et in his qui a Magistratibus dantur, quæsitum est an uni decerni tutela possit? Et ait Labeo, Et uni recte tutelam decerni: posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse. Quæ sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio. *l.* 5. § 2. *ff. de Legitim. tut.* Ulpian. lib. 35. ad Sabin.

An ergo et provocare se invicem secundum superiorem clausulam possint? Et magis est ut, si omnes satis non dederint (1) vel si finita (2) est satisdatio (nonnunquam enim satisdatio ab eis non petitur aut satis desinit esse cautum), aut Magistratus municipales ab eis quos dederint aut non potuerunt (3) aut noluerunt satis exigere; posse dici etiam in his, quo casu cautum non est, admittendam provocationem. *d. l.* 5. § 3.

An ergo et in patronis idem sit dicendum, maxime ubi cessat satisdatio? Et puto in patronis non oportere admitti provocationem, nisi ex magna causa ne quis spem successionis diminuat. Nam si patrono non fuerit commissa; poterit per compatronum damno affici, qui solus rem pupilli male administrat. *d. l.* 5. § 4.

XVII. *Vidimus quibus casibus necne decernatur uni ex pluribus Tutoribus aut Curatoribus Administratio.*

Apparet igitur Prætori curæ fuisse, ne tutela per plures administretur. Quippe etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen id agit ut per unum Administretur (sane enim facilius unus Tutor et actiones exercet et excipit) ne per multos tutela spargatur. *l.* 3. § 6. Ulpian. lib. 35. ad Edict.

Cæteri igitur (4) Tutores non administrabunt, sed erunt hi quos vulgo Honorarios appellamus.

Nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare. Constat enim hos quoque excussis prius facultatibus ejus qui gesserit, conveniri oportere. Dati sunt enim quasi observatores actus ejus et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Assidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare qualiter conversetur; et, si pecunia sit quæ deponi possit, curare ut deponatur ad prædiorum comparationem. Blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios Tutores omnino non teneri. Tenentur enim secundum ea quæ supra ostendimus. *d. l.* 3. § 2.

Plura de ea re vid. infra Tit. Tutel. rat. distrah. *lib. seq.*

Idem dic de Tutoribus notitiæ causa datis. Enimvero Paulus respondit, Eum quoque qui propter rerum notitiam (5) Tutor datus est, perinde in omnibus et Administrationis et accessionis (6) jure conveniri posse, atque cæteros Tutores qui eodem testamento dati sunt. *l.* 32. § 1. *ff. de Testam. tut.* Paul. lib. 9. respons.

§ 2. *De dividenda inter plures Tutores aut Curatores Administratione; et hujus divisionis effectu.*

XVIII. *Administratio dividi potest in ipsa tutelæ vel Curæ datione: ut quum alter rerum Italicarum, alter rei Africanæ Tutor datur; ut supra vid. Tit. de Testam. tut. N.* 13.

Item Constat eum qui ad augmentum (7) datur (ut puta ad bona materna quæ postea accesserunt, vel ad quid aliud augmentum) administrare bona pristina non (8) solere. Si autem suspectum facere priorem Tutorem supersedit, vel satis ab eo exigere; plectetur. *l.* 9. § 8. Ulp. lib. 36. ad Ed.

Per contrarium autem, qui datus est simpliciter Tutor pupillo vel Curator; si quid postea augmenti accesserit periculo tenetur; quamvis soleat ad augmentum dari Curator; quæ res non facit ut ipsa augmenta non pertineant ad curam priorum ad quos omnis utilitas pupillorum debet pertinere.

(1) Id est, nullus satis dederit.

(2) V. G. quia fidejussores desierunt esse solvendo.

(3) Puta; quia Tutores non jure quidem, sed a patre dati, sine satisdatione a Magistratu confirmari debebant.

(4) Quum uni administratio decreta est.

(5) Id est, qui dantur non ut ipsi administrent, sed ut alios Tutores instruant de pupilli fortunis quarum notitiam habent: quales dari solebant liberti qui domini sui Actores aut dispensatores fuerant.

(6) Sensus est, posse eos conveniri eo nomine quod tutela fuerit male administrata; sed *accessionis jure*, id est excussis prius his qui administraverunt: at Cujacius recte interpretatur.

(7) Curator.

(8) Hoc igitur casu, ipsa datione divisa est hujus Curationis administratio.

Sive igitur datus est, communicatur Periculum cum prioribus; sive datus non est, tenetur Administrationis necessitate is qui antea erat datus. *d. l.* 9. § 9.

XIX. *Non solum in ipsa tutelæ datione dividi Administratio potest; sed etsi simpliciter dati fuerint.*

Nam Item si dividi inter se tutelam velint Tutores audiendi sunt ut distribuatur inter eos Administratio (*d. l.* 3. § *fin.* ULPIAN. LIB. 35. AD ED.); vel in partes, vel in regiones. *l.* 4. ULP. LIB. 9. AD ED.

XX. *Ex hac tutelæ divisione, scilicet quum a testatore aut ex Magistratus auctoritate facta est, duo effectus sequuntur.*

Primus effectus divisionis Tutelæ.

Divisa tutela, Tutor non potest Administrare nisi ea quæ pertinent ad partem regionemve quæ ipsi per divisionem obtigit.

Hinc additur : Et si ita factа fuerit divisa; unusquisque exceptione (1) summovebitur pro ea parte vel regione quam non Administrat. *d. l.* 4.

Unde Constantinus. Si divisum Administrationis periculum per provincias sit; his tantum omnibus insinuari (2) convenit, et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia Tutelæ vel Curæ officium sustinent: ne de aliis provinciis defensores Minorum ad judicia perducantur. *l.* 2. *Cod. Si ex plur. tutorib.*

XXI. *Tutor qui certæ provinciæ res Administrat, non potest quidem nisi ex contractibus suæ provinciæ agere, sed ei agenti recte compensatio ex contractu alterius provinciæ objicitur.*

Hoc docet Papinianus. Inter Tutores divisa tutela est : æquitas quæ merum (3) jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis Tutoris non differtur. Nam divisio tutelæ quæ non Juris (4), sed jurisdictionis est, modum Administrationi facit : et inter ipsos locum habet, nec experiri (5) cum pupillo volentibus obstare debet. *l.* 36. PAPIN. LIB. 3. QUÆST.

XXII. *De quibusdam rebus dubitari potest ad cujus provinciæ Administrationem pertineant : puta, de exactione ejus quod pupillo debetur? Dicendum pertinere ad Administrationem ejus provinciæ in qua debitor domicilium habet, quamvis res alibi sint.*

Hoc maxime locum habere in fideicommisso hereditatis, docet Papinianus. Ita ille : Heres institutus qui non habuit substitutum, priusquam hereditatem adiret quam impuberi restituere debuit, vita decessit. Quum hereditas in Italia esset, scriptus autem heres in provincia vita decessisset; Tutores provincialium rerum culpæ nomine condemnandos existimavi, si causam testamenti non ignorantes utilitatem impuberis deseruerunt. Nam hereditatis in provincia fideicommisso restituto, causam (6) quidem juris expediri potuisse; rerum autem Administrationem ad eos recidere debuisse qui tutelam in Italia suscepissent. *l.* 39. § 3. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

Item ex eo quod instrumentum in certa provincia sit, non ideo exactio debitoris ad hujus provinciæ Administrationem pertinet, quum debitor in alia provincia domicilium habet.

Hoc docet Scævola. Tutores dati ad res Italicas, instrumenta Romæ repererunt debitorum provincialium; UT PECUNIA Romæ, aut ubicumque petitum fuerit solvatur. Quæro, cum neque debitores in Italia essent, neque eorum prædia, an hæc exactio ad Italicæ rei Tutores pertineat? Respondi, Si provincialis contractus esset, non pertinere : respicere tamen ad officium eorum ne instrumentorum ignorantia contractus, eos ad quos Administratio pertineret, lateret. *l.* 47. § 2. SCÆVOLA LIB. 2. RESPONS.

XXIII. *Contra si de solvendo quod pupillus debet, agatur; potest hoc negotium pertinere ad Administrationem provinciæ ubi existit res quæ sol-*

(1) Puta : Si Tutor cui rerum Italicarum administratio data est, conveniat debitorem provincialem pupilli; repelletur ab agendo hac exceptione, quod ei data non sit administratio rerum provincialium.

(2) Patet ex l. 1. Cod. Theod. *de Denunt. vel edit. rescr.* Constantinum hujus legis auctorem egisse tantum de solenni denuntiatione futuræ litis quæ olim in usu erat; et hoc tantum intendisse ut denuntiatio illa, quæ (quum pupillo lis inferenda erat) fieri debebat omnibus tutoribus; posset eo casu quo tutela foret divisa, fieri iis tantum Tutoribus quibus administratio data erat rerum ejus provinciæ ad quam hæc lis pertinebat. Verum cum Justiniani tempore hæc solemnis litis denuntiatio jam diu exolevisset; voluit profecto Justinianus hanc legem jam alio sensu accipi : illo nimirum, ut divisa a Magistratu tutela, Tutor non possit conveniri ex his causis quæ administrationem rerum alterius provinciæ quam alter Tutor administrat spectarent. Hoc tamen non placet Jac. Gothofredo *ad d. l.* 1. *Cod. Theod.* nec etiam Cujacio; qui putant hanc legem ut merum vestigium Juris veteris quod jam nullius usus esset, per oscitantiam Triboniani Codici Justinianeo irrepsisse : Divisionem enim Tutelæ, utpote rem inter alios actam, non obesse quominus possit actor quemlibet ex Tutoribus convenire. Nituntur argumento legis 36. ff. *h. Tit.* modo infra N. seq. Sed hæc lex non dicit, quod volunt; posse Tutorem primario conveniri ex contractu alterius provinciæ; sed tantum, posse ei (si ipse egerit) compensationem ex illo contractu opponi : quæ mihi plane diversa videntur.

(3) Id est, quæ inducit compensationem ipso Jure.

(4) Divisio tutelæ non fit ipso Jure, administratio tutelæ dividitur ex jurisdictione et officio Magistratus, sed ipso Jure una manet indivisa tutela. Igitur compensatio quæ ipso Jure locum habet, non potest excludi per hanc divisionem tutelæ quæ non habet locum ipso Jure.

(5) *Experiri* etiam dicitur reus qui compensationem opponit.

(6) *Causa Juris*, id est persecutio fideicommissi, distinguitur ab administratione rerum fideicommisso contentarum. Igitur ad officium Tutoris provincialium rerum pertinuit ut heredem qui in provincia erat, cogeret adire; ne fideicommissum pupillo relictum intercideret.

venda est, quamvis creditori alterius provinciæ debeatur.

Ita idem Scævola. Tutor rerum Italicarum conventus a creditore provinciali ubi rem pupillus habuit, solvit. Quæsitum est, an id Tutelæ judicio reputari potest? Respondi, Nihil proponi cur non possit. *d. l.* 47. § 7.

Quid si de collocanda pecunia agatur? Ad Administrationem regionis in qua invenitur, non hujus ubi exacta est, hoc negotium pertinere respondit Papinianus; in specie sequenti.

Patruus testamento fratris filio Tutor datus, quum in Italia domicilium haberet; tam Italicarum rerum quam provincialium Administrationem suscepit: atque ita pecuniam ex venditionibus Romæ refectam, in provinciam trajecit, et in Calendarium pupilli convertit. Tutor in locum ejus Romæ substitutus Administrationem pecuniæ quæ non pertinet (1) ad tutelam suam, suscipere non cogitur. *l.* 39. § 8. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

Dubitatum de lite quæ in provincia cœpta est, et ad urbanos Magistratus per provocationem devoluta; an adhuc ad Tutores provincialium rerum pertineret? Ait autem Papinianus, hoc saltem ad eos pertinere ut Curatores constitui curent qui hanc litem persequantur, si forte Tutor rerum Urbanarum absit.

Ita ille: Rerum provincialium Tutores in Urbe causas appellationis impuberum agentes, rerum Italicarum Curatores ut impuberibus constituantur, ad officium suum revocare debent. Alioquin si prius in provinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte recte judex conveniet. *d. l.* 39. § 7.

Alter effectus divisionis Tutelæ.

XXIV. *Alterum effectum parit Tutelæ divisio, qui quidem ex prima consequitur. Nimirum* Ad eos qui in alia provincia tutelam Administrant, periculum Administrationis ex persona Tutorum qui in alia provincia res pupilli gerunt, non porrigitur. *l.* 2. *Cod. de Pericul. tut.* ALEXANDER.

Simili ratione, quum plures Tutores dati sunt; Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in majorem summam quisque eorum quam accepit, tenetur. *l.* 55. ¶ *plane.* TRYPHONIN. LIB. 14. DISPUTAT.

XXV. *Divisa tutela, de Administratione quidem quæ ad contutores spectat, Tutor non tenetur: tamen saltem eos observare tenetur.*

Unde Etiam contutoris factum imputatur collegæ, si potuit et debuit suspectum facere; interdum et si debuit SATIS petere.

Nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegæ imputari potest. *L.* 14. PAUL. LIB. 8. BREVIUM.

Quod autem dicitur, desiisse solvendo esse vel non esse contutores præstare debere; videamus qualem intellectum habet: id est, utrum sufficit nihil diminutum esse de facultatibus contutoris ex quo tempore datus est, sed eamdem faciem patrimonii permansisse? An, etsi nihil post accidit quod palam faciat diminutionem patrimonii, debet tamen contutor inquirere fortunas contutoris? Sed hoc et ex personæ qualitate et ex temporis intercapedine quo testamentum factum est usque ad mortem patris, aliam æstimationem accipere debet. Nam aperte prodigo vel cujus bona vænierunt, licet obreptum fuerit Prætori qui decreto eum dedit, permittere contutori Administrationem non debet. Et potuit aliquid pater eorum post testamentum factum accidens ignorasse; aut, quum destinatum haberet mutare testamentum, id non fecisse. *sup. d. l.* 55. § 4.

Porro ita tenebitur tutor quod contutorem suspectum non fecerit, si hæc sciverit aut scire facile potuit. V. G. Facilius autem exulis (2) ignorantia qui contutorem suspectum facere non potuerit, veniam habebit. *l.* 29. § 1. *ff. de Excusationib.* MARCIAN. LIB. 2. INSTITUT.

ARTICULUS III.

De Tutoribus et Curatoribus ad tutelam Administrandam vel curam compellendis; et de Periculo eorum qui cessant.

XXVI. *Quilibet Tutor aut Curator, si vel ipsi Administratio decreta est, vel si nemini decreta est, Administrare tenetur.*

Nisi faciat; Gerere atque Administrare tutelam, extra ordinem Tutor cogi solet. *l.* 1. ULP. LIB. 35. AD. ED.

Gessisse autem videtur Tutor qui quid omnino pupillare attigit, etiamsi modicum: cessantque partes eorum qui solent cessantes cogere Administrare. *l.* 5. § 1. IBID.

Quod si posteaquam gessit, tunc se gestu abstinuit; etiam suspecti postulatio succedit. *d. l.* 5. § 2.

XXVII. *Tutor qui jussus gerere non paruit, non solum debet cogi ut gerat, sed etiam in præteritum tenetur indemnem eo nomine Minorem præstare.*

Et quidem Qui jussus est ab eo qui jus jubendi habet tutelam gerere; si cessasset, ex quo jussus est indemnem pupillum præstare debebit, non ex quo Tutor esse cœpit (3). *L.* 17. POMPONIUS LIB. 17. AD SABIN.

Scilicet si se Tutorem datum ignoraverit. Cæterum Ex quo scit se Tutorem datum si cesset Tutor, suo periculo cessat. Id enim a Divo Marco constitutum est; Ut qui scit se Tutorem datum, nec excusationem si quam habet allegat intra tempora præstituta; suo periculo cesset. *l.* 1. § 1. ULPIAN. LIB. 35. AD EDICT.

(1) Quamvis enim Romæ exacta sit; cum nunc in provincia sit; ad urbanam administrationem non pertinet.

(2) Improprie accipe; id est, relegati.

(3) Nam antequam jussus sit, potest allegare se ignorasse delatam sibi tutelam.

Igitur Ex quo innotuit Tutori se Tutorem esse, scire debet Periculum tutelæ ad eum pertinere.

Innotescere autem qualiter sufficit; non utique testato eum conveniri. Nam etsi citra testationem, scilicet undecumque cognovit; nulla dubitatio est, quin debeat Periculum ad ipsum respicere. *l.* 5. § 10. ULP. LIB. 35. AD EDICT.

XXVIII. Hoc autem, quod cognovit Tutor, pupillus probare debebit. *l.* 6. ULP. LIB. 36. AD ED.

Quod si ad domum Tutoris testatio facta fuisset, aut ex communi fama aliisve circumstantiis scientia ejus præsumeretur; his casibus rejiceretur in Tutorem onus probandi ignorasse se Tutorem datum. Sic accipe quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si Tutor petitus vel testamento datus Tutorem te constitutum esse, non ex remissioris negligentiæ vitio, sed justæ ignorationis ratione non didicisti; idque legitimis probationibus ostenderis : Periculo ejus temporis quod ignorante te transmissum est, non teneberis. *l.* 5. *Cod. de Peric. tutor.*

XXIX. *Ita demum autem Tutor suo periculo cessat, si nullus Administravit; vel si is qui Administravit, solvendo non est. Sic enim rescribit Alexander.* Etsi scisses te Curatorem datum, nec administrasses; cæteris Curatoribus et Administrationem peragentibus, et sufficientibus damno præstando, contra te actio dari non potest. Sin autem nescisses te Curatorem datum; etiamsi solvendo cæteri non sint, damni periculum ad te non redundat. *l.* 8. *Cod. h. t.*

XXX. *Quæ hactenus diximus, obtinent etiam circa eos Tutores qui in ea causa sunt ut excusentur. Quamdiu enim excusationes suas non proposuerint, in Administratione suo Periculo cessant.*

Hinc rescribunt Diocletianus et Maximianus. Tutor licet absens decreto datus, si sciens solenniter se non excusaverit, Administrationi constituitur obnoxius. *l.* 19. *Cod. h. t.*

Sed etsi se excusaverit; ita demum impune cessabit, si justa fuerit excusatio. Unde Tutor vel Curator cujus injusta appellatio pronunciata erit, cujusve excusatio recepta non sit? ex quo accedere ad Administrationem debuit, erit obligatus. *l.* 20. ULP. LIB. 5. DE OFFIC. PROCONSULIS.

XXXI. *Qui autem inutiliter datus est; secure cessat donec confirmetur.*

Hinc Scævola : Testamento dati Tutores quod ruptum videbatur, cessaverunt in Administratione tutelæ; et a Præside tutor datus est pupillo. Jussi autem sunt etiam qui dati erant testamento Tutores, tutelam Administrare, conjuncto eo qui a Præside datus cœperat Administrare. Quæsitum est, ex testamento datos Periculum antecedentis temporis Administrationis, utrum ex apertis tabulis, an ex quo jussi sunt, pertineat ad eos? Respondit, Ad eos de quibus quæreretur, nullum antecedentis temporis Periculum pertinere. *l.* 58. § 2. SCÆVOLA LIB. 11. DIGEST.

Hinc etiam Papinianus. Impuberi filio Centurio Curatorem (1) dedit. Decreto Prætoris non secuto, si nihil Curator datus Administret, Periculo contumaciæ vel negligentiæ non astringetur. Nam PRIVILEGIUM MILITUM AD ALIENAM INJURIAM PORRIGI NON OPORTET (2) : nec in aliis circa supremam voluntatem, imperitiæ venia datur, quam in bonis militum (3).

Filiæ (4) vero tutela jure patriæ potestatis, non militiæ præmio mandatur. *l.* 40. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Quod si Tutor aut Curator inutiliter datus gerere cœpit, tenebitur pergere donec alio Tutore aut Curatore Minorem provideri faciat.

Ita idem Papinianus. Qui se negotiis impuberis non jure tutor datus secundum patris voluntatem immiscuit; errore comperto, tutorem a Prætore constitui consultius petet : ne forte, si rem cœptam deseruerit, fraudis vel culpæ causa condemnetur. Non idem servatur si quis ultro negotium alienum gesserit; cum satis abundeque sufficiat vel in una specie per amici laborem domino consuli. *l.* 39. § 2. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

Certe autem qui se immiscuit, desinet deinceps teneri quum alius datus erit.

Hinc idem Papinianus. Curator a patre testamento (5) datus, impuberis negotiis se per errorem immiscuit. Postea a Prætore Tutoribus aliis datis; Periculum futuri temporis ille qui postea nihil gessit, non præstabit. *d. l.* 39. § 1.

ARTICULUS IV.

Quæ complectatur tutelæ Administratio; et quæ fines hujus excedant.

§ 1. *Quæ pertineant ad tutelæ Administrationem.*

1.° Distractio rerum pupillarium.

Quænam distrahi debeant.

XXXII. *Jure Pandectarum; ei qui tutelam Administrabat, hoc primum incumbebat onus ut omnes res pupilli mobiles necnon prædia urbana distraheret : ut ex infra dicendis liquebit.*

URBANA PRÆDIA, omnia ædificia accipimus; non solum ea quæ sunt in oppidis, sed et si forte sta-

(1) Adeoque inutiliter, cum Tutor, non etiam Curator, possit testamento dari.

(2) Nec proinde eo porrigi ut obliget ad administrandam curam, eum quem Jure non potuerit Curatorem dare,

(3) Id est, hoc tantum continet privilegium militum, ut solennitates eis remittantur quum de bonis suis testamento disponunt.

(4) Probabile est aliquid deesse in textu : non enim hæc videntur cohærere superioribus.

(5) Adeoque inutiliter, ut supra N. (1).

bula sunt, vel alia meritoria (1) in villis et in vicis, vel si prætoria (2) voluptati tantum deserviebant: quia Urbanum prædium non locus facit, sed materia (3). Proinde hortos quoque si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum sit Urbanorum appellatione contineri.

Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam olitorii: magis hæc non sunt Urbana. *l.* 198. *ff. de Verb. signif.* Ulp. lib. 2. de Omnibus tribunalib.

Quasdam tamen res retinere poterat Tutor quæ pupilli usibus necessariæ forent, puta aliquot servos ad ejus ministerium. Et quidem Tutor secundum dignitatem facultatesque pupilli, modum servorum æstimare debet qui circa eum futuri sunt. *l.* 13. Gaius lib. 12. ad Ed. provinc.

XXXIII. *Observandum, huic legi distractionem rerum pupillarium imperanti testatorem derogare non potuisse.*

Usque adeo autem licet Tutoribus, patris præceptum negligere, ut, si pater caverit ne quid rei suæ distraheretur, vel ne mancipia distrahantur, vel ne vestis, vel ne domus, vel ne aliæ res periculo subjectæ; liceat eis contemnere hanc patris voluntatem. *l.* 5. § 9. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Ita Jure Pandectarum.

Constantinus autem vetuit distrahi res pupillorum, præter eas quæ usu pereunt et animalia supervacua, de qua re specialiter agemus lib. seq. Tit. de Reb. eorum, etc.

XXXIV. *Quænam sit Tutoris non distrahentis pœna.*

Si Tutor cessaverit in distractione earum rerum quæ tempore depereunt, suum Periculum facit. Debuit enim confestim officio suo fungi.

Quid si contutores expectabat, vel differentes vel etiam volentes se excusare; an ei ignoscatur? Et non facile ignoscetur: debuit enim partibus suis fungi; non quidem præcipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione. *l.* 7. § 1. Ulp. lib. 35 ad Ed.

Similiter rescribit Philippus. Si res pupillares quas in horreo conditas habere aut etiam venumdare debuisti, in hospitio tuo (ut asseveras) vi ignis absumptæ sunt; culpam seu segnitiem tuam, non ad tuum damnum, sed ad Pupilli tui spectare dispendium, minus probabili ratione deposcis. *l.* 3. *Cod de Peric. tutor.*

2.° Depositio pecuniæ pupillaris.

XXXV. *Tutoribus etiam incumbit ut pecuniam pupillarem, tam eam quæ extabat quam eam quam exigere debuerunt, deponant in tuto loco (V. G. in Æde aliqua) ad nomina facienda, aut prædia comparanda. Hoc Jus confirmaverunt Arcadius et Honorius.* l. 24. Cod. h. tit.

Ita autem depositioni pecuniarum locus est; si ea summa corradi, id est colligi possit, ut comparari ager possit. Si enim tam exiguam esse tutelam facile probatur, ut ex numero refecto prædium puero comparari non possit; depositio cessat.

Quæ ergo tutelæ quantitas depositionem inducat, videamus? et cum causa depositionis exprimatur, ut prædia pupillis comparentur; manifestum est, ut ad minimas summas non videatur pertinere. Quibus modus præfiniri generaliter non potest, cum facilius, causa cognita, per singulos possit examinari. Nec tamen auferenda facultas est, etiam minores summas interdum deponi postulare, si suspecti Tutores esse videantur. *l.* 5. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Quatenus autem teneantur, si moram in ea deponenda aut (quam deposuissent) in ea collocanda fecerint; vid. Tit. de Tit. et rat. distr. *lib. seq.*

Hæc Ita Jure Pandectarum.

Novella autem LXXII. cap. 6 et 7. permittitur Tutori in tuto recondere pupillarem pecuniam, nec eam fenori dare; nisi quatenus necesse esset ut ex ejus usuris pupillus aleretur, cum ad hoc reditus quos aliunde habet non sufficerent. Quod si Tutor qui pecuniam in tuto reponere potuit, eam ultro det fenori, res erit Tutoris periculo.

3.° Exactio a debitoribus pupilli.

XXXVI. *Pertinet etiam ad officium Tutoris; ut a debitoribus pupilli exigat. Et quidem ad hanc pecuniam exigendam collocandamque, his Tutoribus qui tutelam ingrediuntur, tempus sex mensium datur. Sic accipe quod ait Paulus:* Si Tutor constitutus, quos invenerit debitores non convenerit, ac per hoc minus idonei efficiantur: vel intra sex proximos menses, pupillares pecunias non collocaverit; ipse in debitam pecuniam et in usuras ejus pecuniæ quam non feneravit, convenitur. *l.* 15. Paul. lib. 2. sentent.

Deinceps autem duo menses a die quo pecunia recepta est (4), *ad eam rursus fenori collocandam dantur Tutoribus.*

Sic accipe quod ait Ulpianus. Usuræ a Tutoribus non statim exiguntur, sed interjecto tempore ad exigendum et ad collocandum, duorum mensium. Idque in judicio Tutelæ servari solet. Quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet, his qui nummos impuberum vel adolescentium in suos usus converterunt. *l.* 7. § 11. Ulp. lib. 35. ad Ed.

(1) *Meritoria* sunt diversoria vel fullonica vel quæ alia, quæ mercede locantur; a *Merendo* dicta.

(2) *Des Maisons de plaisance.*

(3) *Materia* hic pro qualitate accipitur. Non ex loco igitur, sed ex qualitate dijudicatur, an urbana an rustica sint prædia: ut quæ ad fructum et reditum recipiendum destinata sunt, sint rustica; quæ ad usum aut delicias patrisfamilias, sint urbana.

(4) Singulis autem annis vulgo recipi solebat, ex consueto apud Romanos more ut pecunia in annum fenori daretur: aut saltem non in tempus multo longius: maxime si sub gravioribus usuris collocaretur. Cum enim sistere[n]tur usuræ, si quando debitore non solvente cœpissent æquare sortem: (ut vidib. infra lib. 22. Tit. *de Usuris N.* 42.) valde intererat eas non in longius tempus excurrere.

4.° Solutio creditoribus pupilli facienda.

XXXVII. *Ad Administrationem etiam Tutorum aut Curatorum pertinet, ut creditoribus pupilli solvant; aut etiam sibi, si ipsi sint creditores.*

Hinc Ulpianus : Sicut autem solvere Tutor quod debet; ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli. Nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat. Et, si usuræ fuerint graviores quæ ei debebantur, relevabitur eis pupillus; quia Tutor se potuit liberare (1), sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit. *l.* 9. § 5. ULP. LIB. 36. AD ED.

5.° Pupilli nomine agere, defendere, provocare.

XXXVIII. *Pertinet quoque ad Tutoris Administrationem ut actiones quæ pupillo competunt, moveat. Quocirca necesse est* Non denegari neque Tutoribus neque Curatoribus, etiam debitores pupillorum vel adultorum ex persona sua prospectu (2) officii in judicium vocare, vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum. *l.* 1. § 4. ULP. LIB. 35. AD ED.

Et quidem Tutores debita pupillaria seu deposita reposcentes, ad satisdationem compelli non posse manifestum est. *l.* 13. *Cod. h. t.* GORDIANUS.

Rationem tradit Ulpianus : Vulgo observatur ne Tutor caveat RATAM rem pupillum habiturum, quia rem in judicium deducit (3).

Quid tamen si dubitetur an Tutor sit, vel an duret Tutor, vel an gestus illi commissus sit? Æquum est adversarium non decipi. Idem et in Curatore est : ut Julianus scripsit. *l.* 23. ULP. LIB. 9. AD ED.

XXXIX. *Item* Tutoris præcipuum est officium, ne indefensum pupillum (4) relinquat. *l.* 30. MARCELL. LIB. 21. DIGEST.

Sed Sufficit Tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi judicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus : nec cogendi sunt Tutores cavere, ut Defensores solent. Licentia igitur erit utrum malint ipsi suscipere judicium, an pupillum exhibere ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur : ita tamen ut pro his qui fari non possunt vel absint, ipsi Tutores judicium suscipiant, pro his autem qui supra septimum annum ætatis sunt et præsto fuerint, auctoritatem præstent. *l.* 1. § 2. ULPIAN. LIB. 35. AD ED.

In causis autem adultorum licentia erit agentibus, vel ipsum adultum præsentem in judicium vocare ut consensu Curatoris conveniatur, vel contra Curatorem agere ut ipse litem suscipiat. In absentibus autem adultis, omnimodo contra Curatorem agendum. *d. l.* 1. § 3.

Pœna Tutorum aut Curatorum qui hoc officio defendendi pupillos suos fungi cessant, hæc est; ut removeantur ab officio cum infamia, et damnum resarciant. l. 28. Cod. *de Admin. tut.*

Nec utique necesse habet, si conveniatur, per judicem solvere (5) : idcircoque si mala causa pupillaris est denuntiare sibi verum debet (6). Denique Imperator Antoninus cum patre, etiam honoraria (7) eos imputare pupillo prohibuit, si supervacaneam litem instituissent quum convenirentur a vero creditore. NEC ENIM PROHIBENTUR TUTORES BONAM FIDEM AGNOSCERE. *l.* 9. § 6. ULP. LIB. 36. AD EDICT.

XL. *Pertinet etiam ad Tutoris officium, provocare.*

Ita enim Gordianus. Si bonam causam ea, cujus Tutor es, habuit, et adversus latam Sententiam non appellasti, seu post appellationem provocationis solennia implere cessaveris; Tutelæ judicio indemnitatem pupillæ præstare debes. *l.* 11. *Cod. de Admin. tut.*

6.° Pupillo auctoritatem, alimenta præstare.

Denique ad Administrationem tutelæ pertinet, ut, quoscunque contractus quos iniri utilitas pupilli exiget, Tutor ineat; et ei contrahenti auctoritatem accommodet : item ut pupillo alimenta exhibeat. De quibus rebus specialiter infra Titulis sequentibus agitur.

§ 2. *Quid fines Administrationis tutelæ excedat.*

XLI. *Fines Administrationis tutelæ excedit, si Tutor quovis titulo disponat de his prædiis pupillaribus quæ absque Decreto alienari prohibentur. De qua re infra lib. seq. Tit.* de Rebus eor.

Item donatio quarumvis rerum pupilli, fines Administrationis tutelæ excedit.

Enimvero Tutor ad utilitatem pupilli, et novare et rem in judicium deducere potest. Donationes autem ab eo factæ, pupillo non nocent. *l.* 22. PAUL. LIB. 3. AD ED.

Et alibi. Tutoribus concessum est, a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso Jure liberentur; non etiam donare, vel etiam diminuendi causa cum iis transigere : et ideo eum qui minus Tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse. *l.* 46. § 7. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi Tutores habent : sed Administrationis

(1) Sibi solvere, liberare pupillum a se.

(2) Id est, hoc in re officio suo prospicientes.

(3) Id est, nonnumquam jus actionis quod pupillus habet : ita ut quod agente Tutore judicatum erit, non possit pupillus retractare; nisi ex causa in integrum restituatur. Et in eo differt Tutor a necessariis personis quæ sine mandato agunt alicujus nomine.

(4) Scilicet ad ejus officium pertinet ut defendat pupillum, si quæ actiones adversus eum movendæ sint.

(5) Id est, Etsi Tutor defendere pupillum tenetur; non tamen semper necesse habet, si conveniatur, expectare jussum judicis ad solvendum.

(6) Id est, debet judici confiteri quod res est.

(7) *Les frais du Procès.*

tantum causa distrahentes quæ eis venumdare licet, justam causam possidendi comparantibus præstant. Cum itaque donandi nulla ratione res eorum quorum administrant negotia, potestatem habeant: vindicare dominium a possidentibus non prohiberis. *l.* 16. *Cod. de Admin. tut.*

XLII. *Quod diximus, Tutori non permitti donare aliquid ex bonis pupilli, limitationem aliquam patitur.*

1.° *Enim* Cum Tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur; imprimis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet: alimenta servis libertisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit. Solennia munera (1) parentibus cognatisque mittet. *l.* 12. § 3. PAUL. LIB. 38. AD ED.

2.° *Permittitur etiam Tutori, donare alimenta personis conjunctis pupillo si egeant: ut docet Julianus in specie sequenti.* Qui filium heredem instituerat, filiæ dotis nomine QUUM in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quicquam præterea; et Tutorem eis Sempronium dedit. Is a cognatis et a propinquis pupillæ perductus ad Magistratum, jussus est alimenta pupillæ et mercedes ut liberalibus artibus instituerетur, pupillæ nomine præceptoribus (2) dare. Pubes factus pupillus puberi jam factæ sorori suæ ducenta legati causa solvit. Quæsitum est an TUTELÆ judicio consequi possit, quod in alimenta pupillæ et mercedes a Tutore ex tutela præstitum sit? Respondi: Existimo, etsi citra Magistratuum Decretum Tutor sororem pupilli sui aluerit, et liberalibus artibus instituerit, cum hæc aliter ei contingere non possent; nihil eo nomine TUTELÆ judicio, pupillo aut substitutis pupilli præstare debere (3). *l.* 4. *ff. Ubi pupill. educ.* JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

XLIII. *Quod tamen diximus de matre et sorore pupilli alenda, non indistincte obtinet. Ita enim Ulpianus:* Præterea si matrem aluit pupilli Tutor, putat Labeo imputare eum posse. Sed est verius; nonnisi si perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli. Utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit, et filius in facultatibus positus. *l.* 1. § 4. *ff. de Tutel. et rat. distr.* ULP. LIB. 36. AD ED.

Item non indistincte accipiendum quod diximus de muneribus matri et sorori pupilli mittendis.

Sed *enim* si munus nuptiale (4) matri pupilli miserit, non eum pupillo imputaturum Labeo scripsit: nec perquam necessaria est ista muneratio. *d. l.* 1. § 5.

Item: Sed non dabit dotem sorori alio patre natæ (5), etiamsi aliter ea nubere non potuit. Nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit; quæ servanda arbitrio pupilli (6) est. *l.* 12. § 3. ¶ *sed non.* PAUL. LIB. 38. AD ED.

His quæ diximus suffragatur Gaius. In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet Tutor, ne cui non debitum (7) solvat; nec nuptiale munus matri pupilli vel sorori mittere. Aliud est si matri forte aut sorori pupilli, Tutor ea quæ ad victum necessaria sunt præstiterit, quum semet ipsa sustinere non possit. Nam ratum id habendum est: nec enim eadem causa est ejus quod in eam rem impenditur, et quod muneris legatorumve nomine erogatur. *l.* 13. § 2. GAIUS. LIB. 12. AD ED. PROVINC.

XLIV. *Denique circa ea quæ pupilli nomine impendere Tutor potest, generalem hane regulam tradit Paulus.* NIMIUM EST licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis ejus, quod ex suis non (8) honestissime fuisset erogaturus. *sup. d. l.* 12. § 2.

ARTICULUS V.

Quando finiatur Administratio tutelæ vel curæ.

XLV. *Regulariter finitur Administratio tutelæ vel curæ, finita tutela vel cura.*

In quibusdam tamen rebus ultra excurrit. Exemplum affert Ulpianus. Si Tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit ut sibi Curatores peteret: Sacris enim Constitutionibus hoc facere jubetur, qui tutelam Administravit: an Tutelæ judicio teneatur? Et magis puto sufficere Tutelæ judicium; quasi connexum sit hoc tutelæ officio, quamvis post pubertatem admittatur. *l.* 5. § 5. ULP. LIB. 35. AD ED.

Eo nomine tenentur pariter Tutoris vel Curatoris heredes.

Igitur Pecuniæ quæ in arca fuit, etiam heredes

(1) Xeniola et Strenas (*des Etrennes*) quæ solennibus diebus mittuntur; puta die nativitatis, Saturnalibus, Kalendis Martiis: de quibus supra lib. 24. Tit. *de Donat. inter. vir. et ux.* Mittebantur etiam Kalendis Januariis munera; *Caricæ*, id est, ficus ex Caria provincia, et alia dulcia boni ominis causa, ut a rebus dulcibus dulces anni dies auspicarentur: de quibus ait Martialis XIII. 27. *Aurea porrigitur Jani Caryota Kalendis.*

(2) Hinc nota morem fuisse apud Romanos puellas non mulieribus, sed viris erudiendas tradi. Refert quoque Suetonius Cæcilium Attici libertum filiam patroni Agrippæ nuptam docuisse.

(3) Adde legem 1. § 2 *ff. de Tut. et rat. distrah.* quam vid. infra lib seq. d. tit. N. 39.

(4) Intellige de his muneribus quæ hi qui nuptiis interfuerant, sponso et sponsæ dare solebant postridie nuptiarum: ut diximus in Appendice ad Tit. *de Ritu nupt.* supra lib. 23.

(5) Cujacius ad h. § secus obtinere putat, si soror sit germana aut consanguinea.

(6) Quum pubes erit.

(7) Ut si, non detracta quæ pupillo heredi debetur Falcidia, solveret.

(8) Id est, quod potuisset salva honestate ex suis non erogare; quamvis in hac erogatione major versetur honestas.

Curatoris tandiu usuras præstabunt, quandiu non interpellaverint ut loco defuncti Curator constituatur. *l.* 7. § 13. ULP. LIB. 35. AD ED.

XLVI. *Alter casus est quo tutelæ Administratio ultra tempus quo tutela finita est, excurrit. De eo casu ita Philippus:* Tutores qui necdum Administrationem ad Curatores transtulerunt, defensioni causarum pupillarium assistere oportere sæpe rescriptum est. Et iden, si (ut proponis) instrumenta quibus asseri possunt causæ provocationis, etiamnum hi quorum meministi, apud se detinent; aditus Præses provinciæ Periculi sui eos admoneri præcipiet. *l. un. Cod. Ut causæ post pubert.*

Idem circa Curatores docet Ulpianus. Post completum vigesimum-quintum annum ætatis, si nondum rationes redditæ sunt, nec ad causam instrumenta pertinentia: fidei ac verecundiæ Curatorum convenit, ut consilio suo cœptam litem perficiant. Si igitur cessent in his quæ constituta sunt faciendis: magis puto sufficere Negotiorum gestorum judicium, etiamsi (1) actum est; si tamen hujus rei ratio reddita non est. *sup. d. l.* 5. § 6.

Hæc ita obtinent, si tempore tutelæ jam acceperat judicium Tutor aut Curator.

Verum quum duntaxat is qui Tutor pro pupillo in judicium vocatur, solenniter cavit (2); si inter moras puer ad pubertatem pervenit, non est cogendus accipere judicium. *l.* 28. MARCELL. LIB. 8. DIGEST.

Illud etiam observandum quod, accepto (tempore tutelæ) judicio; litem quidem ad Sententiam perducere debent. Judicati autem agere non tenentur: nec possent sine mandato, cum sit nova actio.

Hinc Papinianus. Tutores pubere pupillo constituto litem appellationis inchoatam jussu Consulum (3) ob notitiam rei perfecerunt: cum Judicatum persequi non potuerunt, Periculo culpæ non subjiciuntur. *l.* 39. § 12. LIB. 5. RESPONS.

XLVII. *Vidimus Administrationem tutelæ finiri, finita tutela, præterquam duobus casibus.*

Maxime autem, Officium Tutorum Curatoribus constitutis finem accipit. Ideoque omnia negotia quæ inita sunt, ad fidem Curatorum pertinent. Idque etiam Divus Marcus cum filio suo Commodo rescripsit. *l.* 33. § 1. CALLISTRATUS LIB. 4. DE COGNITIONIBUS.

ARTICULUS VI.

Quam vim obtineant a Tutore gesta.

XLVIII. Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam (4) pupillarem, domini (5) loco haberi debet. *l.* 27. PAUL. LIB. 7. AD PLAUT.

Igitur Quæ bona fide a Tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex Rescriptis Trajani et Hadriani. Et ideo pupillus rem a Tutore legitime distractam vindicare non potest. Nam et inutile (6) est pupillis, si Administratio eorum non servatur; nemine scilicet emente.

Nec interest Tutor solvendo fuerit, necne: cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit; si mala fide, alienatio non valet. *l.* 12. § 1. PAUL. LIB. 38. AD ED.

Similiter si Tutori solutum fuerit, solutio liberationem parit debitori.

Hinc Tutor Tutelæ judicio conventus edidit librum rationum, et secundum eum condemnatus solvit. Postea quum a debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum inerant, exigere vellet pupillus; et prolatæ sunt ab his apochæ Tutoris: quæsitum est utrum adversus Tutorem, an adversus debitores actio ei competat? Paulus respondit: Si tempore administrandæ tutelæ Tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso Jure a pupillo (7). *l.* 46. § 5. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

Obiter nota: (8) Sed si cum Tutore actum esset, posse eumdem adolescentem propter eam causam TUTELÆ experiri; et adversus exceptionem Rei judicatæ, Doli mali uti replicatione. *d.* § 5.

XLIX. *Observa:* Si plures Curatores dati sunt, Pomponius libro 68 ad Edictum scripsit, Ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est. Nam et in furiosi Curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, Prætor uni eorum Curationem decernet; ratumque habebit quod per eum sine dolo malo gestum est. *l.* 3. ULP. LIB. 35. AD ED.

Idem dicendum de Tutoribus.

Et quidem et Si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente vel a contutoribus vel a Magistratibus; benigne (9) accipiendum est, etiam uni agere permissum: quia duo simul agere non possunt. *l.* 24. § 1. PAUL. LIB. 9. AD ED.

(1) Sensus est: *Etiamsi* jam actum esset Utili *Negotiorum gestorum* actione adversus Curatorem ut redderet rationem curæ administratæ, si nondum reddidit, tenetur adhuc eadem actione eo nomine quod cessaverit litem persequi. Quod si jam rationes reddidisset non teneretur.

(2) *Judicio sisti.*

(3) Fingendum a judice quem Consules dederant, ad ipsos Consules fuisse provocatum: Cujac.

(4) Id est, quantum ad ea quæ gerit ut provideat negotiis pupilli sui.

(5) Quod gerit, perinde ratum est ac si dominus negotii fuisset.

(6) Id est, noxium et damnosum.

(7) Poterit pupillus restitui in integrum quum Tutor solvendo non est. Sed si ex Decreto judicis solutio facta fuerit, plenissima sequetur securitas; nec erit restitutioni locus. Hoc decretum judicis necessarium non est in solutione usurarum quæ biennales metas non excedunt: *l.* 25 *et* 27. *Cod. h. t.*

(8) Sensus est: sed, licet jam judicio TUTELÆ *actum esset cum tutore* qui rationem non reddidit earum pecuniarum; tamen dicendum, *posse eumdem adolescentem*, *etc.*

(9) *Benigne* hoc obtinet. Nam stricto Jure, cum conjunctam Administrationem habeant, valere non deberet nisi quod conjunctim gessissent.

Item Antoninus. Ab uno ex tutoribus vel Curatoribus causam posse Minorum defendi, cum alii tutores vel Curatores eam defendere noluerint, ignorare non debes. *l.* 1. *Cod. Si ex plurib. tutorib.*

L. *Quod si alicui expresse hac lege administratio concessa esset, ut nihil absque contutore gereret; quod ita gesserit, ratum non erit.*

Hoc patet ex specie sequenti. Titium et Mævium Tutores quis dedit, et cavit : ΒΟΥΛΟΜΑΙ, *etc.* [id est] « VOLO et rogo omnia fieri cum Mævii « fratris mei consilio; et quod sine eo fiet, irritum « sit ». Titius solus a debitoribus exegit. An liberati essent ? Respondi, Si et Administrationem Mævio dedisset, non recte solutum. *l.* 47. Scævola lib. 2. Respons.

Et Papinianus libro 5 Responsorum ita scribit : Pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit, et eo nomine Tutores liberavit. Non idcirco minus officium Tutorum integrum (1) erit. Sed viris bonis conveniet salubre consilium matris admittere : tametsi neque liberatio (2) Tutoris, neque voluntas patris aut intercessio matris, Tutoris officium infringat. *l.* 5. § 8. Ulp. lib. 35. ad Ed.

(1) In specie superiori testator non ex consilio tantum, sed etiam opera Mævii tutelam administrari voluit; cum eum contutorem Titio ideo dederit : Titius igitur non habebat solidum et integrum jus administrandi. At in specie hujus legis mandstar Tutori duntaxat ut adhibeat consilium matris : cæterum cum mater nec tutrix sit, nec esse possit, is Tutor habet integrum et solidum jus administrandi.

(2) Id est, Officium Tutoris non infringitur, non mutatur ex eo quod testator Tutorem liberavit seu absolverit ab his quæ ex consilio matris gereret. Neque enim ideo minus tenebitur, si ex consilio matris quid culpabiliter gessit : vice versa erit ratum quod bona fide gesserit, etiam citra consilium matris.

TITULUS VIII.

DE AUCTORITATE ET CONSENSU TUTORUM ET CURATORUM.

Pertinet *etiam hic Titulus ad tractationem de administratione tutelæ et curæ. Nam administrationis tutelæ potissima pars est, ut Tutor pupillo aliquid agenti Auctoritatem accommodet. Pariter pars est administrationis Curæ, ut Curator adulto suo aliquid agenti* Consensum *suum præbeat.*

De Auctoritate Tutorum potissimum agitur in hoc Titulo. Est autem Tutoris Auctoritas, *approbatio ejus quod pupillus agit; in ipso negotio a Tutore interposita.*

Circa hanc quæremus 1°. *Quando necessaria sit;* 2°. *A quo interponi debeat ;* 3°. *In quibus negotiis Tutor Auctor esse possit; cui vicinus tractatus est, an et quæ negotia possint inter Tutorem et pupillum contrahi ;* 4°. *Denique de forma Auctoritatis interponendæ.*

His cognitis ; quæ ad Curatorum Consensum pertinent, uno verbo absolventur.

ARTICULUS I.

Quando necessaria sit Tutoris Auctoritas.

I. Pupillus nec velle nec nolle in ea ætate, nisi apposita Tutoris Auctoritate creditur. Nam quod animi judicio fit, in eo Tutoris Auctoritas necessaria est. *l.* 189. *de Reg. Jur.* Celsus lib. 13. digest.

Hæc tamen regula in his duntaxat obtinet, in quibus pupillus suam conditionem deteriorem facere possit; non si meliorem eam fecit.

Hinc Obligari ex omni contractu pupillus sine Tutoris Auctoritate non potest (1); acquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo, etiam sine Tutoris Auctoritate potest. *l.* 9. Gaius lib. 12. ad Ed.

II. Sed credendo obligare sibi non potest (2) quia sine Tutoris Auctoritate nihil alienare potest. *d. l.* 9.

Et quidem Eum qui a pupillo sine Tutoris Auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis longi spatium defendit. *l.* 9. *Cod. de Usucap. pro empt.*

Ex hoc autem quod pupillus nullam rem sine Tutoris Auctoritate alienare potest; apparet nec manumittere eum sine Tutoris Auctoritate posse. *d. l.* 9. § 1.

Obiter nota. Hoc amplius : licet Tutoris Auctoritate manumittat, debet e Lege Ælia-Sentia (3) apud Consilium causam probare. *d.* § 1.

(1) Ita ut, quum deest Tutoris auctoritas, actus sit ipso Jure nullus. An idem dicendum de eo quod adultus agit sine consensu Curatoris, vid. infra Art. 5.

(2) Non enim contrahi potest obligatio ex mutuo; nisi pecunia quæ creditur, fiat accipientis : et vid. supra lib. 12. Tit. *de Reb. cred.* Porro pupillus pecuniam quam credit, non potest sine Tutoris Auctoritate alienare et facere accipientis.

(3) De qua latius vide infra lib. 40. Tit. *Qui et a quib. manum.*

Ex eo quod Pupillus sine Tutoris Auctoritate alienare non valet, sequitur etiam quod Pupillus ex omnibus causis solvendo sine Tutoris Auctoritate nihil agit: quia nullum dominium transferre potest.

Si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus (1). *d. l.* 9. § 2.

III. *Non potest etiam Pupillus se obligare sine Tutoris Auctoritate.*

Hinc Pupillus vendendo sine Tutoris Auctoritate non obligatur: sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior (2) factus est. *l.* 5. § 1. ULP. LIB. 40. AD SABIN.

Nam JURE NATURÆ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. *l.* 20. *de Reg. Jur.* POMPON. LIB. 9. EX VARIIS LECTIONIB.

Item Pupillo capienti pignus, propter metum Pigneratitiæ actionis (3) necessaria est Tutoris Auctoritas. *l.* 38. *ff. de Pignerat. act.* MODEST. LIB. 1. DIFFERENT.

Item Hereditatem adire pupillus sine Tutoris Auctoritate non potest (4), quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum. *sup. d. l.* 9. § 3.

Similiter Si ad pupillum aut furiosum, Bonorum possessio pertineat; expediendarum rerum gratia, et in agnoscenda (5) et in repudianda Bonorum possessione voluntatem Tutoris Curatorisque spectari debere placuit: qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, Tutelæ Curationisve judicio tenebuntur. *l.* 11. GAIUS LIB. 15. AD ED. PROVINC.

Sed Nec ex Senatusconsulto Trebelliano hereditatem recipere (6) pupillus sine Tutoris Auctoritate potest. *sup. d. l.* 9. § 4.

IV. *Maxime autem in litibus Tutoris Auctoritas necessaria est.*

Et quidem Justinianus constituit ut etiam in criminalibus causis, pupillis et Minoribus, sive agerent, sive accusarentur (in quibus casibus adultos et pupillos Leges accusari concedunt) *Tutores et Curatores adessent. l.* 4. *Cod. h. tit.*

ARTICULUS II.

A quo debeat interponi Auctoritas quæ pupillo necessaria est.

V. *Auctoritas a Tutore debet interponi, non a Curatore. Unde Paulus respondit:* Curatorem etiam impuberi dari posse: sed ad ea quæ solennitatem Juris desiderant explicanda, Tutore auctore, opus esse. *l.* 19. PAULUS LIB. 9 RESPONSORUM.

Si plures sunt Tutores, omnes in omni re debent Auctoritatem accommodare: præter eos qui testamento dati sunt; nam ex his vel unius Auctoritas sufficit. ULP. FRAGM. *Tit.* 11. § 26.

Ex inquisitione datos hac in re testamentariis similes fuisse docet Justinianus: l. 5. Cod. h. t. *Eadem autem lege hoc discrimen inter Tutores penitus sustulit; statuitque ut unius cujusvis Tutoris Auctoritas sufficeret, præterquam in his negotiis in quibus de finienda tutela agitur:* ut puta si pupillus in Arrogationem se dare desiderat: *in quibus negotiis omnium Tutorum Auctoritatem interponi voluit:* UT QUOD OMNES SIMILITER TANGIT, AB OMNIBUS COMPROBETUR. *d. l.* 5. *Cod. h. t.*

VI. *At vero* Etsi pluribus datis Tutoribus, unius Auctoritas sufficiat; tamen si Tutor auctoretur cui administratio tutelæ concessa non est, id ratum a Prætore haberi non debet. Et ideo puto verius esse quod Ofilio placebat; si eo Tutore Auctore qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens (7) alium ejus tutelam gerere; dominum me non posse fieri. Item si eo Auctore emam qui a tutela fuerit remotus; nec enim id ratum haberi. *l.* 4. POMPON. LIB. 17. AD SABIN.

Simili ratione, divisa administratione, non poterit quis Auctor esse in negotio quod non pertineat ad partem administrationis quæ ipsi credita est. sup. d. l. 5. Cod. h. t.

Cæterum Africanus Pupillum etiam eo Tutore Auctore qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait (8). *l.* 49. *ff. de Acq. vel omitt. hered.* LIB. 4. QUÆST.

VII. *Illud notandum quod* Si duo rei sint stipulandi; et alter, me Auctore, a pupillo stipuletur,

(1) Pariter consumptis bona fide nummis quos pupillus mutuo dedit, reconciliatur mutuum: ut vid. in Institut. Tit. *Quib. alien. licet* § 2.

(2) Quod obtinuit ex Rescripto D. Pii.

(3) Quia qui pignus accipit obligatur *Pigneratitia* actione ei qui pignus dedit: ut vid. supra lib. 13. Tit. *de Pignerat. act.*

(4) Quia qui hereditatem adit, obligatur creditoribus hereditariis.

(5) Agnitione *Bonorum possessionis* perinde ac aditione *Hereditatis* obligatio contrahitur erga creditores.

(6) Obligatur enim teneturque *Utilibus* actionibus, qui hereditatis fideicommissum ex Trebelliano recipit. Vid. infra lib. 36. Tit. *ad SC. Trebell.*

(7) Scilicet, maxime si hoc sciam. Idem tamen erit, etsi ignoraverim.

(8) Cujacius ad h. l. ait speciale hoc esse in aditione hereditatis: in cæteris causis quæ ad administrationem patrimonii pupillaris pertinent; nonnisi eum Tutorem cui administratio data est, pupillo auctorem esse posse. In aditione vero hereditatis, etiam Honorarium Tutorem posse esse auctorem; quia hæc res quodammodo sit extra administrationem patrimonii pupillaris, nec tam sit facti quam animi. Wissenbachius non secernit additionem hereditatis a cæteris causis: sed putat hanc legem de honorario tutore, legem vero 4 accipiendam de eo Tutore cui denegata est administratio: cæterum Honorarios Tutores qui simpliciter non administrant, auctores esse posse. Alii aliter. Vid. Duarenum, Pacium, Bachovium, Broncherstium, etc.

alter altero Tutore Auctore (1); dicendum est stipulationem valere : sic tamen si Auctoritas Tutoris unius (2) sufficiat. Cæterum si non sufficiat (3), dicendum erit inutilem esse stipulationem. *l.* 7. § 1. ULP. LIB. 40. AD SABIN.

VIII. *Tutor, si mutus aut surdus factus fuerit, non potest esse Auctor : ut vid. supra. Tit.* de Tutel. *N.* 7.

At Etiamsi Tutor cæcus factus sit, Auctor fieri potest. *l.* 16. PAUL. LIB. 1. AD L. ÆLIAM-SENTIAM.

ARTICULUS III.

In quibus negotiis Tutor Auctor esse possit : item an et quæ negotia possint pupillum inter et Tutorem contrahi.

§ 1. *In quibus negotiis Tutor Auctor esse possit.*

IX. *Regulariter in quibuslibet negotiis Tutor pupillo Auctor esse potest.*

Et quidem Accipientis et edentis judicium (4) idem Tutor, Auctor utrique fit.

Sed hoc utrum ita est, si bis Auctor factus est, an et una Auctoritas sufficiat eo animo ut ad utrumque pertineat? Dubitat quidem Pomponius. Sed fortiter defenditur sufficere unam Auctoritatem. *l.* 15. MARCIAN. LIB. 2. REGUL.

X. *In his autem negotiis Tutor pupillo Auctor esse non potest, in quibus in rem suam Auctor esse videtur.*

V. G. Sed et [si] quum solus sit Tutor, mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur; non erit obligatus Tutori.

Naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est. Nam in pupillum non tantum Tutori, verum cuivis, actionem in quantum locupletior factus est dandam D. Pius rescripsit (5). *l.* 5. ULPIAN. LIB. 40. AD SABIN.

Et quum quidam Auctoritatem accommodaret pupillæ suæ, ut servo suo stipulanti sponderet; D. Pius-Antoninus rescripsit, Jure pupillam non teneri (6), sed in quantum locupletior facta est dandam actionem. *l.* 1. ¶ *et quum quidam.* ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Ex eo quod Tutor in rem suam Auctor pupillo esse non possit; sequitur etiam quod non potest Tutor quicquam a pupillo suo se Auctore acquirere.

V. G. Sed si Auctor fiat ut filio suo quid tradatur, nulla erit Auctoritas : evidenter enim sua Auctoritate rem acquirit. *d. l.* 1. ¶ *fin.*

Enimvero Si filius Tutoris, vel quæ alia persona juri ejus subjecta, emerit; idem erit atque si ipse emisset. *l.* 5. § 6. ULP. LIB. 40. AD SABIN.

Inde fit ut Si servus communis tuus et Titii, a pupilla tua, te Auctore, aliquam rem per traditionem acceperit; tota ad Titium pertinebit. Marcellus notat : Nam quodcumque ad omnes dominos non potest pervenire, id pro solido ad eum cui acquiri potest, pertinere Veteres comprobaverunt (7). *l.* 12. JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

Cum a pupillo suo Tutor se Auctore nihil acquirere possit; hinc Si quid est quod pupillus agendo Tutorem suum liberaturus est, id ipso Tutore Auctore agi recte non potest. *l.* 22. LABEO LIB. 5. PITHANON.

Et quidem Potest pupillus, Tutore Auctore, debitorem suum Titio delegare. Sed quum Tutor debet pupillo; dicendum est, neque delegari (8) eum, neque procuratorem (9) adversus Tutorem dari ipso Tutore Auctore posse : quia futurum sit ut Auctoritate sua liberetur. *l.* 18. PAUL. LIB. 1. AD PLAUT.

XI. Quanquam regula sit Juris Civilis, in rem suam Auctorem Tutorem fieri non posse, Tamen potest Tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo Auctoritatem accommodare : quamvis per hoc debitor ejus efficiatur. Prima enim ratio Auctoritatis ea est, ut heres fiat; PER CONSEQUENTIAS contigit ut debitum subeat. Se tamen Auctore ab eo stipulari non potest. *l.* 1. ULPIAN. LIB. 1. AD SABIN.

Hinc Quod dicimus in rem suam Auctoritatem accommodare Tutorem non posse; totiens verum est, quotiens per semet vel subjectas sibi personas acquiritur ei stipulatio : cæterum negotium ei geri, ut dictum est, PER CONSEQUENTIAS, nihil prohibet Auctoritas. *l.* 7. ULP. LIB. 40. AD SABIN.

(1) Non placet Wissenbachii sententia. Nam lex 4. h. tit. (modo supra) expresse distinguit, ab eo cui administratio denegata est, illum *cui administratio tutelæ concessa non est*; quem tamen pariter non posse auctorem esse definit. Is autem qui *non remotus est, sed cui non est concessa administratio*; quid aliud esse potest, quam Honorarius Tutor? Standum igitur sententiæ Cujacii.

(2) Scilicet si Tutor ille fuerit testamentarius aut ex inquisitione datus. Vid. supra N. 5.

(3) Scilicet si Tutor esset legitimus; qui Jure Pandectarum solus sine contutoribus suis auctor esse non poterat.

(4) Finge inter duos pupillos qui eumdem Tutorem habent, esse judicium *Familiæ erciscundæ* aut *Communi dividundo*.

(5) Pupillus ex negotio sine Tutoris Auctoritate gesto locupletior factus, ante hanc Constitutionem naturaliter duntaxat obligabatur : ex hac Constitutione, etiam civiliter. Et hoc constituit D. Pius naturalem æquitatem secutus, potius quam Juris rationem.

(6) In rem enim suam auctor fuit Tutor; cum ex stipulatione servi ipsius, non possit nisi ipsi jus acquiri.

(7) Vid. Tit. *de Stipul. serv.* infra lib. 45.

(8) Qui delegatur, liberatur a vetere creditore; et se obligat ergo novum creditorem. Porro Tutor pupilli debitor, non potest se auctore liberari a pupillo : non potest igitur ab eo delegari.

(9) Id est, non potest pupillus, Tutore suo auctore, actionem quam adversus illum habet, mandare alteri; qui adversus illum Tutorem sit illius pupilli procurator in rem suam.

Item V. G. Nuptiis ex voluntate patris (1) puellæ eum filio Tutoris jure contractis; dos pro modo facultatum et dignitate natalium, recte per Tutorem constitui potest (2). *l.* 69. § 5. *ff. de Jur. dot.* Papin. lib. 4. respons.

XII. *Quemadmodum Tutor non potest esse pupillo Auctor in rem suam; pariter non potest esse Auctor in rem ejus in cujus esset potestate.*

Hinc Si et pater et filius qui in potestate ejus fuit; Tutores fuerunt; et pater sit stipulatus filio Auctore; nullius momenti est stipulatio: idcirco quia in rem patris Auctor esse filius non potest. *sup. d. l.* 7. § 2.

§ 2. *An et quæ negotia, inter Tutorem et pupillum, contrahi possint.*

Vidimus Tutorem in rem suam Auctorem fieri non posse. Huic tractatui vicina est quæstio quam in hoc § proponimus.

XIII. *Et quidem si plures sint Tutores; contutore Auctore, Tutor quodvis negotium cum pupillo contrahere potest.*

Hinc Ulpianus: Pupillus obligari Tutori eo Auctore non potest. Plane si plures sint Tutores quorum unius (3) Auctoritas sufficit; dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det, sive stipuletur ab eo. *l.* 5. Ulp. lib. 40. ad Sabin.

Item ipse Tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest. Sedenim si contutorem habeat cujus Auctoritas sufficit, procul dubio emere potest. *d. l.* 5. § 2.

Hoc tamen ita ratum erit si bona fide contrahatur. Sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti: ideoque nec usucapere potest. Sane si suæ ætatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet. *d. l.* 5. *d.* § 2.

XIV. Sed si per interpositam (4) personam rem pupilli emerit in ea causa est ut emptio nullius momenti sit: quia non bona fide videtur rem gessisse. Et ita est rescriptum, a D. Severo et Antonino. *d. l.* 5. § 3.

Hoc multo magis obtinebit, si de re immobili agatur. Enimvero Quamvis antecessor Præsidis decrevisset ea prædia venumdari, quæ Tutor pupilli, subjecto nomine alterius emptoris, ipse sibi comparabat: tamen si fraudem et dolum contra Senatusconsulti Auctoritatem et fidem Tutori commissam deprehendisset successor ejus; æstimabit quatenus tam callidum commentum etiam in exemplum coercere debeat. *l.* 9. *ff. de Rebus eorum, etc.* Ulp. lib. 5. opinionum.

Non valet quidem emptio rerum pupillarium per interpositam personam a Tutore facta.

Sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen non mala fide, sed simpliciter (ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi) valet emptio. Quod si callide, idem erit ac si per interpositam personam emisset. *l.* 5. § 4. Ulp. lib. 40. ad Sabin.

Maxime autem Tutores quibus administratio decreta non esset, tanquam extraneos recte a pupillo emere placet. *l.* 6. Pompon. lib. 17. ad Sabin.

XV. *Hactenus de casu quo Tutor, contutore Auctore, aliquid a pupillo acquirit, et eum eo contrahit. Sed et absque contutoris ullius Auctoritate Tutor interdum res pupilli acquirere potest. Puta* Sed et si creditor pupilli distrahat, æque emere bona fide poterit. *d. l.* 5. § 5.

Item in specie sequenti. Tutor rerum et animalium pupilli venditionem fecit: sed quædam animalia emptoribus pretium non solventibus retinuit, et apud se habuit: pretium idem rationibus pupilli accepto tulit. Ex his aliquot nata sunt. Defuncto Tutore, heres ejus eamdem tutelam administravit, et animalia annis plurimis possedit. Quæsitum est an; cum is cujus tutela administrata est, annis viginti quatuor esset, jure animalia vindicaret? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, pupillum ea, vindicare (5) non posse. *l.* 56. *ff. de Admin. et peric. tut.* Scævola lib. 4. digest.

XVI. *Potest etiam Tutor sibi solvere, ut in specie sequenti.* Fundum ab eo emisti, cujus filii postea tutelam administrans, nequaquam accepisti possessionem. Dixi, Tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem. *l.* 78. § 1. *ff. de Contrah. empt.* Labeo lib. 4. posterior. a Javol. epitomat.

Non tantum autem sibi solvere Tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest; ut Marcellus, lib. 8. Digestorum scripsit: seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo. *l.* 9. § 7. *ff de admin. et peric. tut.* Ulp. lib. 36. ad Eo.

ARTICULUS IV.

De forma interponendæ Auctoritatis.

XVII. *Auctoritas Tutoris cum sit actus legiti-*

(1) Defuncti patris qui hunc sponsum vivus filiæ destinaverat. Hoc solo casu permittuntur nuptiæ inter pupillam et Tutoris filium: ut vid. supra Tit. *de Rit. nupt.* N. 42.

(2) Quamvis videatur esse in rem suam auctor, cum dos quæ pro pupilla filio ejus constituitur, ipsi jure patrio potestatis acquirenda sit. Sed non tam rem suam videtur agere, quam officio boni viri fungi in constituenda dote; quæ a quovis alio Tutore æque constituenda fuisset.

(3) Quales sunt testamentarii, et ex inquisitione dati. supra N. 5.

(4) Ex eo enim fraus præsumitur, quod Tutor non palam sed per interpositam personam emerit.

(5) Tutor enim qui eas res ex tutelæ officio vendidit, potuit, emptore non solvente, ipse eas res sibi acquirere; pretium quod emptor non solvit, inferendo rationibus pupilli.

nius, certa forma debet interponi : et in eo differt a Consensu quem curatores adultis suis præbent.

Quare Nulla differentia est, non interveniat Auctoritas Tutoris an perperam adhibeatur. *l.* 2. ULPIAN. LIB. 24. AD SABIN.

Ut autem utiliter adhibeatur, hæc concurrere debent.

XVIII. 1.° *Oportet ut sponte Auctoritatem interponat Tutor, et intelligat quid negotii agatur.*

Igitur Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur. Neque enim præsentia corporis sufficit ad Auctoritatem; ut si somno aut morbo comitiali (1) occupatus tacuisset. *L.* 1. § 1. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Enimvero Non multum interest abfuerit Tutor quum negotium contraheretur, an præsens ignoraverit quale esset quod contrahebatur. *l.* 14. JULIAN. LIB. 31 DIGEST.

Cum autem ad substantiam Auctoritatis requiratur ut sponte interponatur; hinc sequitur quod Si Tutor pupillo oolit Auctor fieri, non debet eum Prætor cogere. Primum quia iniquum est, etiamsi oon expedit pupillo, Auctoritatem eum præstare (2); deinde etsi expedit, Tutelæ judicio pupillus hanc jacturam consequitur. *l.* 17. PAUL. LIB. 6. AD ED.

XIX. 2.° Tutor statim in ipso negotio præsens debet Auctor fieri: post tempus vero aut per epistolam interposita ejus Auctoritas nihil agit. *l.* 9. § 5. GAIUS LIB. 12. AD ED. PROVINC.

Præsens autem pupillo esse debet, non diversæ parti. Igitur Etiamsi non exaudiat Tutoris Auctoritatem is qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc approbetur; recte negotium geritur; veluti si absenti pupillo, per epistolam vendam aliquid, aut locem; et is Tutoris Auctoritate consentiat. *d. l.* 9. § 6.

XX. *Denique oportet* 3.° *Ut pure Auctoritas interponatur.*

Et quidem, Etsi conditionalis contractus cum pupillo fiat, Tutor debet pure Auctor fieri (3). Nam Auctoritas oon conditionaliter, sed pure ioterponneoda est, ut cooditionalis contractus confirmetur. *l.* 8. ULP. LIB. 48. AD SABIN.

XXI. *Cæterum, modo hæc quæ diximus concurrant;* Etiamsi oon ioterrogatus (4) Tutor Auctor fiat, valet Auctoritas ejus QUUM SE PROBARE DICIT ID QUOD AGITUR: hoc est enim auctorem fieri. *l.* 3. PAUL. LIB. 8. AD SABIN.

Non requiritur etiam ad formam Auctoritatis, ut Tutor subscribat instrumento.

Unde Scævola : Inter pupillos paternæ hereditatis divisio facta est præsente Tutore, sed non assignante instrumento divisionis. Quæsitum est, an ei stari oporteret? Respondit, Si tutor Auctor fuisset, non idcirco minus standum esse divisioni quod non assignasset. *l.* 20. SCÆVOLA LIB. 10. DIGEST.

Denique non requiritur ut quicquam loquatur pupillus cui Tutor Auctoritatem suam præbet.

Hinc Impuberes, Tutore Auctore, obligantur, etiamsi taceaot. Nam quum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant: Auctoritate Tutoris ioterposita tenentur. Quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit; quamvis tacuerint, interposita Tutoris auctoritas sufficit ut Condictione teneantur. *l.* 13. JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

ARTICULUS V.

De Consensu Curatorum.

XII. *Curatores his quæ ab Adultis geruntur, non Auctoritatem (quod solis Tutoribus proprium est) sed* CONSENSUM *duntaxat interponunt.*

Is Consensus cum non sit actus legitimus, nil vetat quominus etiam ex intervallo possit adhiberi.

Quod autem gestum est ab adultis sine Curatoris Consensu, non ipso Jure nullum, sed duntaxat rescindendum esse vulgo existimant.

(1) *Epilepsie.* Morbus ille ita dictus est, quod si quis eo corriperetur, quasi nefasto omine solverentur comitia; ut liquet ex his versibus Sereni Sammonici (sub Severo et Caracalla, medici insignis) in suo quem *de Medecina* scripsit Poemate :

> *Est subiti species morbi, cui nomen ab illo*
> *Quod fieri nobis suffragia justa recusat, etc.*

Is est morbus qui etiam dicitur *Sacer* aut *Major*; vel *Herculeus*, quod eo Hercules laborasse fertur.

(2) Legis sensus est : vel pupillo expedit auctoritatem præstari vel non. Si ei non expedit, evidenter iniquum est cogere Tutorem ut ei auctoritatem præstet, cum auctoritas Tutorum ad utilitatem pupillorum ordinata sit. Si pupillo expediebat, etiam eo casu non debet cogi Tutor : alio enim remedio consulitur pupillo per actionem *Tutelæ*, qua consequitur a Tutore quanti sua interest Tutorem ipsi auctoritatem suam, quum expediebat, non præstitisse.

(3) Nam *Actus legitimi* regulariter diem et conditionem non recipiunt.

(4) In usu erat ut Tutor interrogaretur *An auctor huic rei esset :* sed hæc interrogatio non erat absolute necessaria.

TITULUS IX.

QUANDO, EX FACTO TUTORIS VEL CURATORIS, MINORES AGERE VEL CONVENIRI POSSUNT.

Supra vidimus Tit. VII, pertinere ad administrationem Tutelæ vel Curæ ut Tutores et Curatores pro pupillis adultisque suis agant, defendant, aliaque nonnulla gerant. Proximum est ut videamus an ex eo Tutorum Curatorumve facto, actio aliqua pupillis adultisve aut in eos nasci possit.

ARTICULUS I.

Quando, ex facto Tutoris, Minores Agere *possunt.*

I. *Cum per liberam personam acquiri actio alicui non possit; hinc* Per Tutorem pupillo áctio, nisi certis ex causis quæri non potest. *l.* 5. *Cod. h. tit.* Dioclet. et Maxim.

Et quidem ex his causis non directa actio pupillo quæritur, obstante Juris regula, sed Utilis.

Exemplum hujus actionis afferunt iidem Imperatores, Diocletianus et Maximianus : Si hi qui te in pupillari ætate constituta Tutores fuerint, postea in administratione perseverantes vel Curatores constituti, tua prædia locaverunt; eos competenter conveni. Sed et ex eorum contractu Utilis tibi quæri potest contra successores conductoris actio. *l.* 4. *Cod. h. tit.*

II. *Item* Si Tutor vel Curator pecunia ejus cujus negotia administrat mutua data, ipse stipulatus fuerit; vel prædia in nomen suum emerit; Utilis actio ei cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam. *l.* 2. Ulp. lib. 1. opinionum.

Consonat quod alibi dicitur. Quoties Tutor pecuniam pupillarem fenori dat; stipulatio hoc ordine facienda est. Stipulari enim debet aut pupillus, aut servus pupilli (1). Quod si neque pupillus ejus ætatis erit ut stipulari possit; neque servum habebit; tunc ipse Tutor quive in ejus (2) potestate erit : quo casu Julianus sæpissime scripsit, Utilem actionem pupillo dandam. Sed etsi absens sit, oportere Tutorem suo nomine stipulari nequaquam ambigendum est. *l.* 9. *ff. de Admin. et peric. tut.* Ulp. lib. 36. ad Ed.

III. *Item ex judicato acquiritur Utilis actio pupillo per Tutorem; nec solum per Tutorem, sed et per eum quem Tutor actorem constituerit.*

Unde Papinianus : Tutor interposito Decreto Prætoris, actorem (3) reliquit. Secundum eum Sententia dicta, Judicati transfertur ad pupillum actio, non minus quam si Tutor obtinuisset. *l.* 6. lib. 2. definit.

ARTICULUS II.

Quando ex facto Tutoris Minor possit Conveniri.

IV. *Quemadmodum in judiciis*, Judicati *actio pupillo aut adulto, non vero Tutori aut Curatori qui nomine ejus expertus est, datur; ita et adversus pupillum aut adultum datur, non adversus Tutorem aut Curatorem.*

Hinc ita rescribit Antoninus. Juliana cujus tibi Curatores condemnati sunt, si vigesimum-quintum annum ætatis egressa est; actio Judicati Utilis adversus ipsam bonaque ejus tibi exercenda est. Nam Tutores Curatoresque finito officio, non esse conveniendos ex administratione pupillorum vel adolescentium, sæpe decretum est. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

Item Scævola : Tutori qui infantem defendit, succurritur; ut in pupillum Judicati actio detur. *l.* 7. lib. 13. quæstion.

Similiter Papinianus. Post mortem furiosi non dabitur in Curatorem qui negotia gessit, Judicati actio; non magis quam in Tutores (4) : si modo nullam ex consensu [post depositum officium] novationem factam, et in Curatorem vel Tutorem obligationem esse translatam constabit. *l.* 5. lib. 5. respons.

Consonat Ulpianus. Si Tutor condemnavit (5), sive ipse condemnatus est; pupillo et in pupillum potius actio Judicati datur : et maxime si non se liti obtulit; sed cum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam, auctor ei esse ad accipiendum judicium. Et hoc etiam Divus Pius rescripsit : et exinde multis Rescriptis declaratum est, in pupillum dandam actionem Judicati

(1) Et tunc pupillus directam actionem acquirit; quia per eos quos in potestate habemus, acquirimus.

(2) Tutoris.

(3) De quo vid. supra Tit. *de Tut. et Curatorib. dat.* N. 29.

(4) Hic reponenda esse verba infra scripta *post depositum officium* recte monet Cujacius observ. XXX. 39.

Quod autem hic dicitur, in Tutorem Curatoremve, deposito officio, actionem *Judicati* non dari, secus obtinet in Defensore. Ratio differentiæ est, quod magis parcendum iis qui non sponte, sed necessitate officii negotiis alienis se miscuerunt.

(5) Id est, obtinuit.

semper, Tutore condemnato: nisi abstineatur (1); tunc enim, nec in Tutorem, nec in pupillum, nec pignora Tutoris capienda esse, sæpe rescriptum est. *l.* 2. *ff. de Admin. et peric. tutor.* Ulpian. lib. 9. ad Ed.

Amplius Marcellus libro 21 Digestorum scribit, Etsi satisdedit (2) Tutor, mox abstinuit pupillus, fidejussoribus quoque ejus debere subveniri. Sed etsi pupillus non abstinuit; quemadmodum ipsi (3), ita et fidejussoribus ejus subveniri: maxime si pro absente pupillo vel pro infante satisdedit. *d. l.* 2. § 1.

Hactenus de judiciis.

V. *Similiter quum Tutor aut Curator aliquid pupilli aut adulti nomine accepit aut cavit, actio Utilis datur in Minorem.*

Hinc Si impuberis nomine Tutor vendiderit; Evictione secuta Papinianus libro 3 Responsorum ait, Dari in eum cujus tutela gesta sit, Utilem actionem. Sed adjicit, In id demum quod rationibus ejus acceptolatum est. Sed an in totum, si Tutor solvendo non sit, videamus? Quod magis puto: neque enim male contrahitur cum Tutoribus. *l.* 4. § 1. *ff. de Evict.* Ulp. lib. 32. ad Edict.

Item Gordianus rescribit. Si in rem Minoris pecunia profecta sit, quæ Curatori vel Tutori ejus nomine Minoris mutuo data est; merito personalis in eumdem Minorem actio danda est. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

VI. *In Tutorem autem non datur actio. Hinc* Tutor qui pecuniam se soluturum cavit [in] quam pater pupilli condemnatus fuerat; actionem post tutelam finitam recte recusat. *l.* 5. § 1. Papin. lib. 5. respons.

Hæc ita, quum Tutorio duntaxat nomine contraxit: secus si proprio, quamvis in rem pupilli. Hinc statim subjicitur: Non idem in eo placuit qui suo nomine mutuam pecuniam accipit, et judicatum pro pupillo fecit, nisi forte creditor ideo contraxit ut in (4) causam judicati pecunia transiret. *d.* § 1.

Et quidem quum suo nomine contraxit, tenetur Tutor; quamvis in pupillaria negotia pecuniam acciperet. Hinc Papinianus: Adversus Tutorem qui pupillum hereditate patris abstinuit, actionem denegari non oportet creditori qui cum ipso Tutore contraxit; quamvis Tutor pecuniam in rem impuberis (5) verteret. *l.* 39. § 4. *ff. de Admin. et peric. tut.* Papin. lib. 5. respons.

Quamvis autem Curator qui negotium adolescentis gerens suo nomine promittit, ipse obligetur quemadmodum in Tutore dicimus; tamen aliquando ei subvenitur: ut in specie quam ita proponit Paulus. Quidam cum esset fratris sui filiæ Curator (6) quadringinta dotis nomine marito ejus se daturum promisit. Quæro an succurrendum sit ei; quum, postea ære alieno emergente, supra vires patrimonii ejus dos promissa sit: quoniam in instrumento ita scriptum sit, Ille patruus et Curator stipulanti spopondit (7)? Movet quæstionem quod, non ut de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, promisit. Præterea et illud hic potest tractari; ut, si sciens Curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur, vel quoniam (8) dolo fecit, non illi succurratur. Respondi: Curator cum officium suum egressus (9) sponte se obligaverit, non puto ei a Prætore subveniri debere; non magis quam si creditori puellæ pecuniam se daturum spopondisset. Sed (10) is de quo tractamus, si non donandi animo sed negotii gerendi causa dotem promisit, habet mulierem obligatam. Et poterit dici etiam, manente matrimonio, eam teneri, quia habet dotem; sicut in collatione (11) bonorum dicetur, vel certe post divortium, sive exacta sit dos, sive maneat nomen; quia potest efficere ut ei accepto feratur. Quod si mulier suum Curatorem adimplere (12) id quod supra vires patri-

(1) Id est, nisi pupillus abstineat postea se hereditate parentum, erga quorum creditores Tutor ejus est condemnatus.

(2) *Judicatum solvi.*

(3) Tutori.

(4) Id est, eo animo ut non Tutorem sed pupillum sibi obligaret, succederetque ei qui ex causa judicati erat creditor pupilli.

(5) Scilicet in negotia hereditatis a qua postea pupillum abstinuit. Quapropter cum in rem pupilli versum non duraverit; non tenetur pupillus: tenetur autem creditor qui suo nomine contraxit, quamvis in pupilli negotia. Ita Cujac.

(6) Paulus sane scripserat *Tutor*. Sed cum tutela feminarum adultarum temporibus Justiniani exolevisset; Tribonianus substituit *Curator*.

(7) Quæ verba demonstrant (ut Cujacius ad h. l. observat) eum suo nomine promisisse.

(8) Sensus est, vel si donandi quidem animum non habuit, sed saltem habuit animum decipiendi mariti, quo casu ei pariter non debet succurri.

(9) *Officium suum egreditur* is qui, quum ex officio teneretur duntaxat præbere suam auctoritatem puellæ dotem promittenti, ipse vult dotem promittere.

(10) Quod modo dixit, regulariter obtinere debet. An autem in hac singulari specie quæ proponitur, promissori propter errorem in quo fuit, succurri debeat, jam disceptatur? Certe autem ita demum adversus maritum cui se obligavit, ei succurri debet, si non possit sibi prospicere adversus mulierem cujus negotium gessit. Videndum igitur an sibi possit adversus eam prospicere: et certe habet adversus eam, *Negotiorum gestorum* actionem.

(11) Mulier ex hoc negotio sui Tutoris seu Curatoris, etiam manente matrimonio, locupletior videri debet. Etsi enim dos marito, non ipsi debeatur; tamen et ipsa videtur habere dotem. Et hoc probatur argumento ducto ab eo quod observatur in collationibus bonorum. Mulier etiam, manente matrimonio, confert suis coheredibus dotem quam accepit a patre: ergo eam habere videtur etiam manente matrimonio. Quod si mulier dotem habere videtur, et est locupletior; ergo tenetur creditori *Negotiorum gestorum* actione.

(12) Id est, exsolvere suo Curatori.

modii ejus in dotem dare promisit, non queat; Curatorem quidem in hoc quod superfluum est, per exceptionem relevari (1). Mulier vero cautionem in maritum exponere debet, quod si quandoque locupletior, constante matrimonio, facta fuerit, dotis reliquum marito servat (2). *l.* 43. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 7 QUÆST.

VII. *Notandum, Tutorem suo et pupilli nomine cavere præsumi; quum in negotio quod cum pupillo commune habet aliquid cavet. Hinc Scævola*: Tutor qui et coheres pupillo erat, cum conveniretur fideicommissi nomine in solidum, ipse cavit. Quæsitum est an in adultum pupillum pro parte danda sit utilis actio? Respondit: Danda. *l.* 8. SCÆVOLA LIB. 5. RESPONS.

Idem alibi: Tutor qui et coheres pupilli erat, absente pupillo, eum admonuerunt eum legatarii, fideicommissi nomine in solidum ipse cavit. Quæsitum est an in pupillum adultum factum danda sit Utilis actio? Respondit, Dandam. *l.* 18. § 2. *ff. Ut legator. nom. cav.* SCÆVOLA LIB. 29. DIGEST.

VIII. *An autem non solum quum ex fide, sed et quum dolo Tutor egit Tutorio nomine, actio in pupillum dari potest? Ait quidem Juris Regula*: NEQUE in Interdicto (3) neque in cæteris causis, pupillo nocere oportet dolum Tutoris; sive solvendo est, sive non est. *l.* 198. *de Reg. Jur.* JAVOLEN. LIB. 13. CASSIO.

Tamen, etiam Ob dolum malum vel culpam Tutoris, Aristo ait pupillum possessorem (4) condemnandum: sed non puto quanti actor in litem juraret (5). Et tamen illud ita est (6), si rem a Tutore pupillus servare possit. *l.* 1. POMPON. LIB. 29. AD SABIN.

Quod si servare non possit, imo et eo casu quo servare potest; ita demum ob dolum Tutoris condemnandus est pupillus, nisi malit cedere suas actiones quas adversus Tutorem habet ut ipsum eo nomine indemnem præstet. Et sic nullo casu dolus Tutoris ei nocebit. Vid. l. 3. § 1. *ff.* de Tribut. act. *et l.* 13. § 7. *ff.* de Act. empt. *supra suis locis.*

Illud sane absque dubio est, pupillos ex dolo Tutoris conveniri ipsos posse quatenus ad ipsos pervenit.

Nam DOLUS TUTORUM PUERO NEQUE NOCERE NEQUE PRODESSE DEBET. Quod autem vulgo dicitur, Tutoris dolum pupillo non nocere; tunc verum est, quum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. Quare merito Sabinus Tributoria actione (7) pupillum conveniendum ex dolo Tutoris existimavit; scilicet si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in Depositi quoque actione dicendum est; item Hereditatis petitione: si modo quod Tutoris dolo desit, pupilli rationibus illatum probetur. *l.* 3. LIB. 20. QUÆST.

At si extrinsecus aliquid Tutor dolo admiserit, pupillo nihil nocere oportet. *l.* 4 ULP. LIB. 64. AD ED.

IX. *Hactenus de eo quod circa pupilli negotia Tutor gessit. De eo autem Tutoris gestu qui ad pupilli negotia non pertinebat, evidens est pupillum non teneri.*

Hinc Tutoris (8) heres impubes filius, ob ea quæ Tutor ejus in rebus pupillæ paternæ gessit, non tenetur. Sed Tutor proprio nomine judicio Negotiorum gestorum convenietur. *l.* 31. § 5. *ff. de Negot. gest.* PAPIN. LIB. 2. RESPONS.

(1) Adversus maritum qui eum ex ipsius promissione conveniret.

(2) Cujacius censet legendum *solvet*.

(3) QUOD VI AUT CLAM. Tutor enim qui pupilli nomine, aliquid *vi aut clam* fecit, magis ipse Utili Interdicto conveniendus est, quam pupillus. Vid. Tit. ff. *Quod vi aut clam*: Art. 3. infra lib. 43.

(4) Finge nomine pupilli qui rem alienam possidebat, Tutorem fuisse conventum *Rei Vindicatione*; at dolo Tutoris rem deteriorem effectam esse.

(5) Tenebitur agitur pupillus saltem quanti res est.

(6) Actionem in pupillum dandam.

(7) Finge servum pupilli negotiationem aliquam exercuisse; et domino suo multisque aliis creditoribus debitorem factum: tutorem autem creditoribus iniquam distributionem mercis ad hanc negotiationem pertinentis fecisse.

(8) Species hujus legis est: Pater impuberis fuit Tutor Titiæ: mortuo patre impuberis, Mævius impuberi Tutor datus est: et hic Mævius immiscuit se negotiis Titiæ. Non tenetur impubes ex hoc facto Tutoris sui, cum negotia Titiæ pupillæ patris sui ad ipsum non pertineant; ut puta qui non successerit in tutelam patris sui: tutela enim ad heredem non transit.

TITULUS X.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

I. Ad *tractationem de administratione tutelæ et curæ pertinet etiam hic Titulus; in quo agitur de cognitione per quam ab administratione tutelæ vel curæ removentur Tutores et Curatores qui suspecti sunt.*

Hæc clausula frequens et pernecessaria est: quotidie enim suspecti Tutores postulantur. *l.* 1. ULPIAN. LIB. 35. AD ED.

Primum igitur tractemus unde descendat Suspecti crimen; et apud quos postulari quis possit Suspectus Tutor vel Curator; deinde quis, et a quo, et ex quibus causis removetur; deque pœna Suspecti. *d. l.* 1. § 1.

§ 1. *Unde crimen Suspecti descendat, et apud quos judices Tutor Suspectus postulari possit.*

II. Sciendum est, Suspecti crimen e Lege XII Tabularum descendere (1). *d. l.* 1. § 2.

III. Damus autem jus removendi Suspectos Tutores. Romæ Prætoribus: in provinciis, Præsidibus earum. *d. l.* 1. § 3.

An autem apud Legatum Proconsulis Suspectus postulari possit, dubium fuit? Sed Imperator Antoninus cum Divo Severo Braduæ-Maurico Proconsuli Africæ rescripsit, posse; quia mandata jurisdictione officium ad eum totum Juris dicundi transit.

Ergo et, si Prætor mandet jurisdictionem, simili modo dicendum est Suspectum posse apud eum postulari cui mandata est. Cum enim sit in provincia hoc rescriptum; consequens erit dicere, et eum cui a Prætore mandata est jurisdictio, posse de Suspecto cognoscere. *d. l.* 1. § 4.

§ 2. *Qui Tutores possint Suspecti fieri.*

IV. Ostendimus qui possunt de Suspecto cognoscere. Nunc videamus qui suspecti fieri possunt? Et quidem omnes Tutores possunt; sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis Tutores. Quare etsi legitimus sit Tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: modo ut meminerimus patrono parcendum (2). *d. l.* 1. § 5.

Item Alexander: Etiam testamento patris Tutorem datum Suspectum postulare potes, si fraudes Tutoris argueris. *l.* 4. *Cod. h. tit.*

V. Suspectus fieri is quoque qui satisdederit, vel nunc offerat, potest: EXPEDIT ENIM PUPILLO REM SUAM SALVAM, QUAM (3) TABULAS REM SALVAM FORE CAUTIONIS HABERE. Nec ferendus est contutor qui ideo collegam suum Suspectum non fecit, quoniam cautum erat pupillo. *l.* 5. ULP. LIB. 3. DISPUTAT.

Quia SATISDATIO PROPOSITUM TUTORIS MALEVOLUM NON MUTAT, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. *l.* 6. CALLISTRAT. LIB. 4. DE COGNITION.

VI. Non tantum autem adolescentis Curator, sed etiam furiosi vel prodigi, ut Suspectus Tutor removeri potest. *l.* 3. § 2. ULP. LIB. 35. AD ED.

Sed et si quis Curam ventris bonorumve administrat, non carebit hujus criminis metu. *d. l.* 3. § 3.

VII. *Quamvis autem hæc cognitio in omnes quoscumque Tutores aut Curatores cadere possit: tamen* Si Tutor aliquo vinculo necessitudinis vel affinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutela removendus videatur; optimum factum est, Curatorem ei potius adjungi quam eumdem cum notata fide et existimatione removeri. *l.* 9. MODESTIN. LIB. SINGUL. DE EUREMATICIS.

§ 3. *Qui possint Tutorem Suspectum postulare.*

VIII. Consequens est ut videamus qui possunt Suspectos postulare? Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem; hoc est, omnibus patere. *l.* 1. § 6. ULPIAN. LIB. 35. AD ED.

Quinimo et mulieres admittuntur; sed hæ solæ quæ pietate necessitudinis ductæ ad hoc procedunt: ut puta, mater, nutrix quoque et avia possunt; potest et soror: nam in sorore et rescriptum extat Divi Severi. Et si qua alia mulier fuerit cujus Prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum; admittet eam ad accusationem. *d. l.* 1. § 7.

IX. Tutor quoque contutorem potest Suspectum facere; sive duret adhuc Tutor; sive jam desierit ipse, contutor autem maneat Tutor. Et ita Divus Severus rescripsit.

Plus Divus Pius Cæcilio-Petino rescripsit, Posse Tutorem Suspectum remotum, contutores suos Suspectos facere. *l.* 3. ULP. LIB. 35. AD ED.

(1) *Dolus malus Legibus erat vindicatus, ut Tutela XII Tabulis:* Cicer. *de Offic.* lib. 3. cap. 15.

(2) Vid. infra N. 7.

(3) Id est, magis *quam:* ut alias sæpissime.

X. Liberti quoque popillorum grate facicot, si Tutores vel Curatores male gereotes rem patronorum vel liberorum patronorum Suspectos fecerint.

Sed si patrooum suum ut Suspectum in tutela facere velint, melius est libertos accusatione repelli; ne in ipsa cognitione gravius aliquid emergat (1); cum hoc aliis omnibus patoat. *d. l.* 3. § 1.

XI. *Ipsis autem* Impuberibus quidem non permittitur Suspectos facere.

Adolescentibus plaoe voleutibus Suspectos facere Curatores snos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant. *l.* 7. ULPIAN. LIB. 1. DE OMNIB. TRIBUNAL.

XII. *Omnibus supra dictis consonat quod rescribit Gordianus :* Removeodi autem licentia oon solum parentibus utriusque sexus, sed etiam cognatis et extraneis, et affioibus, et ipsi cujus res administrautur (si uou impubes sit) arbitrio cognatorum booæ opinionis constitutorum, conceditur. *l.* 6. § 1. *Cod. h. tit.*

XIII. Præterea videodum an et sine accosatione possit Suspectus repelli? Et magis est ut repelli debeat; si Prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, Suspectum eum esse. Quod favore pupillorum accipiendum est. *l.* 3. § 4. ULP. LIB. 35. AD ED.

§ 4. *Ex quibus causis Tutores et Curatores removeantur.*

XIV. Nunc videamus, ex quibus causis Suspecti removeantur? Et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum, Suspectum licere postulare; si forte grassatus in totela est, aut sordide egit vel perniciose pupillo, vel aliquid intercepit ex rebus popillaribus jam Tutor. *d. l.* 3. § 5.

Item Severus et Aotoninus rescripserunt Epicurio : TUTORES qui res vetitas sine Decreto distraxeruot, nihil videri egisse; verum si per fraudem id fecerunt, removeri eos oportere. *d. l.* 3. § 13.

Sed et si fraus non sit admissa, sed lata negligentia; qoia ista prope fraodem accedit, removeri huoc quasi Suspectum oportet. *sup. d. l.* 7. § 1.

Enimvero MAGNA NEGLIGENTIA, culpa est; MAGNA CULPA, dolus est (2). *l.* 226. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 1. MANUALIUM.

Lata *autem* culpa est, nimia negligentia; id est, non iotelligere qood omnes intelliguot. *l.* 213. § *fin. d. tit.* ULP. LIB. 1. REGULAR.

Imo hoc Latæ culpæ finis est (3), non intelligere id quod omoes intelligunt? *l.* 223. *ff. de tit.* PAUL. LIB. 2. SENT.

Hinc. V. G. Is Tutor qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate (4), potest Suspectos postulari. *sup. d. l.* 3. § 17.

XV. *Ob ea autem quæ Tutor fecit, ita demum suspectus postulari potest, si tempore tutelæ fecerit.* Quod si quid admisit, ante tamen admisit quam Tutor esset, qoamvis io boois popilli vel in tutela (5); non potest Suspectus Tutor postulari, quia delictum tutelam præcessit. Proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam Tutor esset; accusari debet EXPILATÆ HEREDITATIS crimine; si mious, FURTI (6). *d. l.* 3. § 5. ¶ *quod si.*

Hinc Quæri potest; Si Totor fuerit popilli, idemque sit Curator confirmatus adolesceoti an possit ex delictis tutelæ Suspectus postulari? Et cum possit TUTELÆ a concuratoribus conveoiri, consequeos erit dicero cessare Suspecti accusationem : quia TUTELÆ agi possit, deposito officio, et alio sumpto. *d. l.* 3. § 6.

Pariter Si Curator ventri booisque datus fraudulenter versatus sit, deiode Tutor datus; an postulari Suspectus propter fraudes in Cura admissas possit, dubitari potest; Et si quidem habet contutores, non poterit postulari, quia conveniri potest; si oon habet, amoveri potest. *d. l.* 3. § 11.

Idem erit quærendum et si proponas aliquem desiisse esse tutorem, et rursum cœpisse. Ut pota usque ad tempus vel ad conditiouem erat datus; deinde iterum vel superveniente conditione testamentaria, vel etiam a Prætore postea datus est; an Suspectus postulari possit? Et quia duæ tutelæ sunt; si est qui eum Tutelæ judicio conveniat; æquissimum erit dicere, cessare crimen Suspecti. *d. l.* 3. § 7.

Si autem ipse Tutor est solus; numquid, quia TUTELÆ cessat, removendus sit ab hac administratiooe, quasi in hac Suspectus ex eo quid in alia male versatus sit? Ergo et in eo qui Curator solus post finitam tutelam coofirmatus est, idem dici potest. *d. l.* 3. § 8.

De casu igitur quo Tutor contutorem haberet, accipe quod dicitur in specie sequenti. Si quis abfuturus Reipublicæ causa, desideravit in locum suum coostitui alium Tutorem; an reversus ex ante gesto Suspectus postulari possit? Et quia potest ex priore

(1) Sensus est; *ne in ipsa cognitione* (oimirum in disceptatione causæ) *gravius aliquid emergat :* videlicet ut libertus objiciat patrono graviora quæ libertos patronis objicere debita ipsis reverentia non sinit. Nec damnosum videri debet pupillo, si is libertus tutoris arceatur ob hoc munere postulandi Suspecti tutoris : potest enim per alios ei succurri, *cum hoc munus aliis omnibus pateat.*

(2) Non ex sua natura, sed ex circumstantiis V. G. si quis io rebus suis diligens probaretur : hoc casu *magna* ejus *negligentia*, *magna* ejus *culpa* in alienis, videretur *dolus.* Adversatur enim bonæ fidei, ut quis alienis rebus administrationi ipsius commissis, eamdem diligentiam non adhibeat, quam adhibet suis.

(3) Id est, terminus. Tunc culpa dicitur *lata*, quum eo usque procedit : Nec enim io genere culpæ potest esse aliquid ultra huc, *non intelligere quod omnes intelligunt.*

(4) Evidcoter lacrosæ; cum forte diceret timuisse se inopinatum æs alienum emergere. Hoc enim est supinæ ignorantiæ : nemo enim nescit id non esse metuendum pupillo, qui hoc casu posset adversus aditionem suam restitui.

(5) Alia scilicet. Vid. speciem seq.

(6) Scilicet si jam adita hereditate surripuit.

gestu utili (1) actione conveuiri (2), cessabit postulatio. *d. l.* 3. § 10.

Quod si quis ita Tutor datus sit, QUOAD IN ITALIA ERIT, TUTOR ESTO, vel QUOAD TRANS MARE NON IERIT; an possit Suspectus postulari ex eo gestu quem administravit antequam trans mare abesset; Et magis est ut postulari possit; quasi una tutela sit habens intervalla. *d. l.* 3. § 9.

XVI. *Vidimus quando possit Tutor Suspecti, postulari necne, ob ea quæ gessit. Hi autem* Qui nihil gesserunt, non possunt Suspecti postulari (3). Verum ob ignaviam vel negligentiam, vel dolum si dolo fecerunt (4), possunt removeri. *l.* 4. § 4. ULP. LIB. 1. DE OMNIBUS TRIBUNALIB.

Eos qui dolo non gesserunt posse ut Suspectos postulari, et removeri, discimus etiam ex sequenti Rescripto Antonini.

Curatores quidem suo periculo, quanto tardius ad eos tutela transfertur, cessant. Quod si in fraudem id esse factum existimas, Suspectos eos postula: qui si summoveri meruerint, in locum eorum alios accipias. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

Simili ratione Ulpianus ait. Item si quis Tutor datus non compareat, solet Edictis evocari; novissimeque (si copiam sui non fecerit) ut Suspectus removeri, ob hoc ipsum quod copiam sui non fecit. Quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est. *l.* 7. § 3. ULP. LIB. 1. DE OMNIBUS TRIBUNAL.

XVII. Præterea accesserunt quædam species ex Epistola Imperatoris nostri et Divi Severi ad Atriunculonium. Nam adversus eos qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere; Ut suis rebus careant, præcipitur; reique servandæ causa, pupillus in possessionem mittatur ejus qui Suspectus sententia sua factus est: quæque mora deteriora futura sunt, Curatore dato distrahi jubentur. *d. l.* 7. § 2.

Et alibi brevius. Tutor qui ad alimenta popillo præstanda copiam sui non faciat, Suspectus est; poteritque removeri. *d. l.* 3. § 14.

Hoc accipe, si dolo aut lata culpa ejus fiat quominus decernantur.

Ita enim Tryphoninus. Si absens sit Tutor, et alimenta pupillus desideret: si quidem negligentia et nimia cessatio in administratione Tutoris objiciatur; quæ etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam ejus deserta derelictaque sunt pupilli negotia; evocatis affinibus atque amicis Tutoris (5), Prætor Edicto proposito, causa cognita etiam absente Tutore, vel removendum eum qui dignus tali nota videbitur, decernet, vel adjungendum Curatorem: et ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo. Si vero necessaria absentia Tutoris et improvisa acciderit; forte quod subito ad cognitionem Principalem profectus, nec rei suæ providere, nec consulere pupillo potuerit, et speratur redire; et idoneus sit Tutor, nec expediat alium adjungi; at pupillus alimenta de re sua postulet: recte constituetur (6) ad hoc solum ut ex re pupilli alimenta expediat. *l.* 6. *ff. Ubi pupill. educ.* LIB. 14. DISPUTAT.

Diximus Prætorem, quum absentem Tutorem removere vult, evocare debere Tutoris affines et amicos. Amicos appellari debemus non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum patrefamilias honestis familiaritatis quæsita rationibus. *l.* 223. § 1. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 2. SENTENT.

XVIII. *Præter causas quas enumeravimus ex quibus quis a tutela removendus est;* Si Tutor inimicus pupillo parentibusve ejus sit; et generaliter, si qua justa causa Prætorem moverit cur non debeat in ea tutela versari; rejicere eum debebit. *d. l.* 3. § 12.

Hinc Quum ipse patruus quem Tutorem legitimum sibi dicebat pupillus esse, subjectum filium criminaretur (7), et ad se legitimam hereditatem pertinere contenderet; alium Tutorem petendum Julianus respondit. *l.* 27. § 1. *ff. de Testam. tut.* TRYPHON. LIB. 14. DISPUT.

Hanc quoque causam removendi Tutoris referunt Severus et Antoninus. Si contra matris ultimam voluntatem Fuscinium filio communi Tutorem datum (8) probaveris eum sine damno existimationis a tutela removendum Prætor decernat. Quæ Rescriptio, si in fraude convictus fuerit, non suffragabitur (9). *l. un. Cod. Si contra matr. volunt.*

XIX. *Vidimus ex quibus causis Tutor vel Curator removeatur. Sola autem paupertas non est idonea causa removendi. Nam* Suspectum Tutorem eum putamus, qui moribus talis est ut Suspectus sit. Enimvero Tutor, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi Suspectus. *l.* 8. ULP. LIB. 61. AD ED.

Similiter rescribit Alexander. In postulandis Suspectis Tutoribus seu Curatoribus, non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur, perpendi oportet. *l.* 5. *Cod. h. tit.*

Hoc tamen casu æstimabit judex an debeat Curator adjungi. Sic enim rescribit Gordianus: Pietatis fungeris munere, qui fratris tui filios, ut

(1) Id est, efficaci.

(2) A contutore.

(3) Ex hoc solo quod non gesserunt.

(4) Si dolo affectaverunt non gerere.

(5) Scilicet ut sciscitetur ab eis num eum defendere velint.

(6) Curator.

(7) Id est, partum suppositum.

(8) Quum forte Magistratus qui eum dedit, ignorasset matrem cavisse testamento ne is daretur Tutor. Prætor enim eo casu sequi debet matris voluntatem in dando alio Tutore.

(9) Quominus cum infamia removeatur.

necessitudo sanguinis suadet, protegere conanis. Si igitur Tutores vel Curatores eorum non recte administrant; Suspectis eis postulatis atque ostensis, ut alii in locum eorum constituantur, facile impetrabis. Quod si nihil in fraudem egerunt, verum ita egeni sunt ut in eorum administratione fratris tui filiorum substantia periclitetur, an eis adjungendus sit Curator qui idoneus facultatibus sit, Rector provinciæ æstimabit. *l.* 6. *Cod. h. tit.*

§ 5. *Quæ in cognitione Suspecti observentur.*

XX. *Pendente Suspecti cognitione, Tutori administrationem interdici, et alium interim subrogari debere rescribit Gordianus.* Eum quem ut Suspectum Tutorem vel Curatorem accusas, pendente causa cognitionis abstinere ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, Præses provinciæ jubebit. Alius tamen interea in locum ejus in administratione rerum ordinandus est. *l.* 7. *Cod. h. tit.*

In hac cognitione Julius-Aquila libro Responsorum respondit:

Ad instruendam diligentiam judicantis, et pupillorum utilitatem admittendam, servos quoque eorum interrogari posse. *l.* 34. *ff. de Administr. et peric. tut.*

Enimvero Nihil proponi cur præscribere Curator possit in cognitione Suspecti, quominus religio Prætoris a pupillari servo detegente fraudes instruatur. *l.* 12. Ibid.

§ 6. *De effectu Sententiæ quæ Tutorem removet; necnon de pœnis Suspectorum Tutorum.*

XXI. *Effectus Sententiæ quæ Tutorem removet, is est ut remotus Tutor esse desinat. Sed et* Si Prætor Sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit; dicendum est, magis esse ut hic desinat esse Tutor. *l.* 4. § 3. Ulp. lib. 1. de Omnib. Tribunal.

Inde est quod Decreto Prætoris ut Suspectus remotus periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur removeri quidem a tutela vel cura, in futurum autem non esse securum. *l.* 10. Papin. lib. 12. Quæst.

XXII. *Sententiæ quæ Tutorem removet is quoque effectus esse potest, ut Tutor remotus fiat infamis: quod tamen non semper obtinet.*

Nam Suspectos Tutores ex dolo, non etiam eos qui ob negligentiam (1) remoti sunt, infames fieri manifestum est. *l.* 9. *Cod. h. tit.* Dioclet. et Maxim.

Igitur Qui ob segnitiem, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione, tutela vel cura abeat. *l.* 3. § 18. Ulp. lib. 35. ad Edict.

Hæ enim causæ faciunt ut, integra existimatione, tutela vel cura quis habeat. *l.* 4. Ulp. lib. 1. de Omnib. tribunal.

Decreto igitur debebit causa removendi significari, ut appareat de existimatione, *d. l.* 4. § 1.

Quid ergo si non significaverit causam remotionis Decreto suo? Papinianus ait, debuisse dici hunc integræ esse famæ: et est verum. *d. l.* 4. § 2.

Sed et si quis ob fraudem non removebit aliquem, sed ei adjunxerit; non erit famosus, quia non est abire tutela jussus. *d. l.* 3. § 18. *fin.*

XXIII. *Aliis pœnis interdum subjacent Tutores, qui aut male versantur, aut contumaciter in officio suo cessant.*

Et 1°. *si Tutor latitet ne decernantur pupillo alimenta; mittitur pupillus in possessionem bonorum Tutoris: ut vid. supra N.* 17.

2°. Sed si non latitet, sed præsens nihil posse decerni contendit, quasi inopibus; si datis pupillo Advocatis in mendacio revincatur, ad Præfectum Urbis remittendus (2) est. Neque enim interest, id agere quemquam ut corrupta fide inquisitionis Tutor constituatur; an bona fide constitutum velut prædonem bonis alienis incumbere. Hic ergo non quasi Suspectus removebitur, sed remittetur puniendus ea pœna qua solent affici qui tutelam, corruptis ministeriis Prætoris, redemerunt. *d. l.* 3. § 15.

3°. Tutores qui Repertorium (3) non fecerunt, vel pecuniam [a] neque ad prædiorum emptionem conferre, neque [pecuniam] deponere perv icaciter perstant; quoad emptionis occasio inveniatur, vinculis jubentur contineri: et insuper pro Suspectis habentur. Sed sciendum est, non omnes hac severitate debere tractari, sed utique humiliores: cæterum eos qui sunt in aliqua dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere. *d. l.* 3. § 16.

De eo etiam casu ita Paulus: Ob fenus pupillaris pecuniæ per contumaciam non exercitum, aut fundorum omissam comparationem, Tutor (si non ad damnum resarciendum idoneus est) extra

(1) An autem crassa negligentia huic in re æquiparetur dolo, lis est inter Interpretes. Ego sic sentio, non debere quem notari ob quantumvis crassam negligentiam, quum a naturali inertia proficiscitur: quod si quis in rebus suis diligens esse soleat; potest videri dolo persimilis ejus in rebus pupilli crassa negligentia.

(2) Prætor non habebat merum imperium ut animadvertere posset: ideoque remittebat ad præfectum Urbis (ut vid. supra lib. 1. Tit. *de offic. Præf. Urb.*) ad quem pertinebat animadvertere in facinorosos homines.

(3) Id est, inventarium.

[a] *Hic § in Florent. sic incipit:* Qui pecuniam ad prædiorum.

ordinem coercebitur. *l.* 49. *ff. de Administr. et peric. tut.* PAUL. LIB. 2. SENTENT.

4°. *Item* Si quis de Plebeiis ob facta atrociora in tutela admissa fuerit apud Prætorem accusatus, remittitur ad Præfectum Urbis graviter puniendus. *l.* 1. § 8. ULP. LIB. 35. AD. ED.

V. G. In eos extra ordinem animadvertitur qui probentur nummis datis tutelam occupasse, vel pretio accepto operam dedisse ut non idoneus Tutor daretur, vel consulto in edendo patrimonio quantitatem minuerit, vel evidenti fraude pupillorum bona alienasset. *l.* 9. *ff. de Tutel.* MARCIAN. LIB. 3. INSTITUT.

5°. Libertus quoque si fraudulenter gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad Præfectum Urbis remittetur puniendus. *l.* 2. ULPIAN. LIB. 1. DE OMNIB. TRIBUNALIB.

§ 7. *Quando extinguatur cognitio Suspecti.*

XXIV. Post finitam tutelam, cognitio suspecti Tutoris, quamvis pridem recepta, solvitur. *l.* 11. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

Quibus autem modis tutela finiatur, vidimus supra Tit. de Tutelis. § 3.

LIBER VIGESIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

DE EXCUSATIONIBUS (TUTORUM, ET TEMPORIBUS EARUM).

A *his qui ab administratione tutelæ removentur, proclivis erat transitus ad eos qui ab hujus administratione Excusantur. Quapropter Titulum de suspectis tutoribus, recte sequitur hic Titulus* DE EXCUSATIONIBUS *Tutorum; quæ et Curatoribus per omnia fere sunt communes.*

I. *De hac materia amplissime tractavit Modestinus in libro Græce scripto, quem ita orditur.*

ΕΡΕΝΝΙΟΣ, *etc.* [id est] Herennius-Modestinus Ignatio Dextro Salutem. Conscribens librum (ut mihi videtur) utilissimum, quem EXCUSATIONUM Tutelæ et Curatoriæ vocavi, hunc tibi misi.

Faciam autem (quoad possibile erit) de his doctrinam manifestam; enarrans Legalia Græcorum voce, etsi (1) cognovero inepta ea ad transferendum esse.

Apponam dicendorum narrationi etiam ipsa Legum verba (2), si necesse erit: ut dicendorum simul et legendorum usum habentes, integritatem indigentibus (3) et utilitatem præbeamus. *l.* 1. *pp. et* § 1 et 2. MODESTIN. LIB. 1. EXCUSATION.

Circa hanc autem materiam hæc potissimum quærenda sunt. 1°. *Quæ justæ sint causæ Excusandi a tutela aut cura vel in perpetuum vel ad tempus;* 2°. *Qui possint has Excusationis causas proponere, intra quod tempus proponi debeant, et quæ alia intervenire oporteat ut pariant tutelæ remissionem;* 3°. *Quid Excusando se consequatur aut amittat tutor. Quartam Sectionem subjungemus de ratione declinandæ tutelæ, nominando potiores se.*

SECTIO I.

Quænam causæ in perpetuum Excusent, quænam ad tempus.

Aliæ causæ in perpetuum, aliæ ad tempus duntaxat a tutela vel cura Excusant; aliæ a suscipienda, aliæ etiam a suscepta: sunt quæ Excusant tantum a certa parte administrationis.

CAPUT PRIMUM.

De causis quæ in perpetuum Excusant.

Causæ quæ in perpetuum Excusant, ex quatuor potissimum capitibus proficiscuntur. 1°. *Ex inæqualitate conditionis;* 2°. *Ex inimicitiis aut litibus;* 3°. *Ex eo quod quis plus æquo gravaretur;* 4°. *Ex privilegio. Omnes hæ Tutoribus et Curatoribus communes sunt.*

Quintus articulus erit de speciebus Excusationis quæ propriæ sunt curæ Adultorum; Sextus, De quibusdam causis quæ Excusationem non tribuunt.

ARTICULUS I.

De primo Excusationis capite, scilicet inæqualitate conditionis; et an etiam Excusent inæqualitas dignitatis aut disparitas religionis.

§ 1. *De inæqualitate conditionis.*

II. *Hoc excusationis Caput primo loco recenset Modestinus.*

ΛΕΚΤΕΟΝ, *etc.* [id est] Dicendum igitur primum est, quos creari non oporteat. *d. l.* 1. § 3.

ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΙΚΟΙΣ, *etc.* [id est] Libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores, Præsides non dabunt; nisi omnimodo libertinorum penuria secundum locum illum sit. Libertinis enim libertinos solos oportere dari qui ex eodem loco sint, Oratio D. Marci jubet. Si autem dabitur; Divus Severus impuberum curam habens, obligatum eum esse Tutelæ nisi juste rationes (4) reddiderit, rescripsit. *d. l.* 1. § 4.

Suffragatur Hermogenianus. Libertino tutores liberti dandi sunt: sed et (5) si ingenuus detur, nec se Excusaverit, tutor perseverabit. *l.* 27. § 1. *ff. de Tutor. et cur. dat.* LIB. 2. JURIS EPITOM.

III. Cum ex Oratione Divi Marci ingenuus

(1) Id est, si quidem cognovi.

(2) Latine scilicet: neque solum verba Constitutionum Imperatoriarum quæ ad hanc materiam pertinent, sed etiam nonnullos Pauli et Ulpiani textus quos in Modestini textu insertos videbimus in hujus Tituli decursu.

(3) Melius Anton. Augustinus: *Ut his qui dicendi et legendi* (Latine) *usum habent, hoc desiderantibus, perfectum auxilium præstare possimus.*

(4) Id est, nisi causas excusationis suæ proposuerit judici.

(5) *Sed et si*, pro *si tamen*.

libertino tutor datus Excusari debeat; eamdem Excusationem competere etiam ei qui jus annulorum (1) impetrasset, Imperator noster cum Divo Severo patre suo rescripsit. *l.* 44. TRYPHONIN. LIB. 2. DISPUT.

Ergo si pupillo libertino habenti jus annulorum datus sit iogenuus tutor vel curator, consequens est ut Excusatio ejus ob hanc conditionum diversitatem non debeat accipi. *d. l.* 44. § 1.

At si antequam pupillus vel pubes minor annis viginti quinque jus annulorum acciperet, Lucius-Titius ei datus ut ingenuus Excusatus fuit; post impetratum beneficium, denuo eidem tutor curatorve dari potest: exemplo eo quo placuit et rescriptum est, eum qui tempore quod intra annum erat ex quo Reipublicæ causa abesse desierat (2) Excusatus fuit, præterito eo, ipsum suo loco dari posse. *d. l.* 44. § 2.

§ 2. *De inæqualitate dignitatis et disparitate religionis.*

IV. *Regulariter inæqualitas dignitatis non tribuit Excusationem. Et a sola plebeiorum tutela Senatores speciali privilegio Excusantur. Ita enim Modestinus.*

ΕΙΔΕΝΑΙ, *etc.* [id est] Scire oportet nulli dignitatem tribuere Excusationem: unde si quis Senator fuerit, hic tutor erit et eorum qui inferioris ordinis sunt [quam (3)] Senatorum: quemadmodum rescripsit Divus Marcus et Commodus. *l.* 15. § 2. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSATION.

ΟΜΟΙΩΣ ΔΕ, *etc.* [id est] Similiter autem et qui inferioris ordinis est, non Excusabitur a tutela vel cura majorum. *d. l.* 15. § 4.

ΕΙ ΔΕ ΤΙΣ, *etc.* [id est] Si quis tutor vel curator fuerit non Senatoris, vel aliter non in dignitate positi, deinde postea fiat Senator; continuo absolvetur a sollicitudine (4). Si autem liberi quorum tutelam aut curam administrabat, erant Senatoris; non absolvetur a tutela aut cura. *d. l.* 15. § 3.

V. *Disparitas sectæ, a tutela non excusat.*

ΗΔΗ ΔΕ ΚΑΙ, *etc.* [id est] Jam autem et Judæi non Judæorum (5) tutores erunt, sicut reliqua administrabunt. Constitutiones enim in his solis sine molestia eos esse jubent, per quæ cultus inquinari (6) videtur. *d. l.* 15. § 6.

ARTICULUS II.

De secundo Excusationis capite; nimirum ex inimicitiis, aut litibus.

VI. ΔΙΔΩΣΙΝ, *etc.* [id est] Dat remissionem tutelæ et capitalis inimicitia a creato facta adversus patrem pupillorum. *l.* 6. § 17. MODESTIN. LIB. 2. EXCUSAT.

Excipe: nisi secundum testamentum apparuerit datus tutor. *d.* § 17.

Replicationem patitur hæc exceptio: Nisi, postquam scriptum est testamentum, capitale certamen eis ad invicem constitit; vel nisi antiquior quidem est testamento inimicitia, propter hoc autem videtur esse datus tutor ut supponatur debito et negotiis. Et hoc ex Epistola Imperatoris Severi ostenditur. *d.* § 17.

VII. ΕΤΙ ΑΠΟΛΥΕΤΑΙ, *etc.* [id est] Amplius autem absolvitur a tutela, quum quæstionem quis pupillo de statu movet. *d. l.* 6. § 18.

Scilicet Quum videtur hoc non calumnia (7) facere, sed bona fide. Et hoc Divi Marcus et Severus promulgaverunt. *d.* § 18.

VIII. *Simili ratione lis de omnibus bonis inter tutorem et pupillum, Excusabit tutorem a tutela.*

Hinc rescribit Philippus. Si (ut allegas) tutor his datus es cum quibus disceptationem hereditatis tibi esse proponis, et tempora antiquitus Excusationibus præstituta etiam nunc opitulantur; adiro Præsidem provinciæ potes; formæ super ea re statutorum Principalium obtemperari, pro sua gravitate, jussurum. *l.* 16. *Cod. h. tit.*

Quinetiam ex hac causa tutorem, si se non Excuset, removendum docet Julianus. Ita ille: Si pupillum patruus contendat exheredatum esse, et se heredem scriptum; æquum est tutorem pupillo dari, recepta patrui Excusatione: vel, si nolit Excusationem petere, remoto eo a tutela, ita litem de hereditate expedire. *l.* 20. JULIAN. LIB. 20. DIGEST.

Neque solum si ipse tutor, sed etsi necessariæ ejus personæ talem litem cum pupillo habuerint; a tutela Excusabitur.

Hinc Diocletianus et Maximianus. Humanitatis ac religionis ratio non permittit, ut adversus sororem vel filios sororis, actionum necessitatem tutelæ occasione suscipias: cum et ipsius etiam pupilli,

(1) Nam libertinus qui jus aureorum annulorum impetravit a Principe, habetur pro ingenuo.

(2) Vid. infra Cap. 2. hujus Sectionis.

(3) Hæc vox imperite irrepsit vulgaris versionis auctori: abestque tam a textu Græco, quam a versione Anton. Augustini; et omnino expungenda. Nec enim Senator potest cogi esse tutor aliorum quam liberorum Senatoris: ut constat ex eadem l. § 3. mox infra. Verum, cum plures sint Senatorum ordines (olim quidem alii *Patricii*, alii *Conscripti*, alii *Pedarii*; hodie vero, alii *Illustres*; alii *Spectabiles*, alii inferioris ordinis *Clarissimi*); potest Senator superioris ordinis dari tutor liberis Senatoris inferioris ordinis. Hic est hujus § germanus sensus.

(4) Si a cœpta tutela excusatur quum fit Senator; multo magis si Senator factus detur tutor plebeio, ab hujus tutela nondum suscepta Excusabitur.

(5) Id est, eorum qui non Judæi sunt.

(6) V. G. non poterunt cogi ut obeant illa munera quæ ad cultum deorum Gentilium pertinerent.

(7) Non hoc consilio ut tutelæ onus declinet.

cui tutor datos es aliud exigere videatur utilitas; scilicet ut cum tutorem potius habeat, qui ad defensionem ejus non inhibeatur affectu. Juxta formam igitur quam consulti dedimus, Prætorem adiri oportet; ut et justo tuo desiderio, et pupilli ipsius commodo consulatur. *l.* 23. *Cod. h. tit.*

IX. *Quod diximus de lite quæ est de omnibus bonis; noli trahere ad cæteras lites. Nam* Propter litem quam quis cum pupillo habet, Excusare se a tutela non potest; nisi forte de omnibus bonis, aut plurima parte eorum controversia sit. *l.* 21. MARCIAN. LIB. 2. INSTIT.

Similiter, quamvis communio litem sæpe pariat, tamen ita rescribunt Diocletianus et Maximianus: Quod res cum uterinis fratribus tibi communes esse profitearis, ad Excusationem tutelæ non est idoneum; cum harum divisio curatore dato fieri possit. *l.* 21. *Cod. h. tit.*

X. *Item* Neque a tutela neque a cura ideo quis Excusatur, quod creditor sive debitor ejus est cui tutor sive curator datus est.

Sed participem (1) in munere habere debet; ut, si res exegerit, is qui alieno auxilio eget defendatur. *l.* 7. *Cod. h. tit.* ALEXANDER.

Si creditor ipsius pupilli non Excusatur, a fortiori verum est quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Insolitatam rem desideras, de tutela filiæ te dimitti Postulans; quod te posse Contrario Tutelæ judicio matrem ejus convenire te contendis. *l.* 19. *Cod. h. tit.*

Justinianus hoc Jus immutavit; vetuitque ne tutor esse possit quisquis pupilli debitor aut creditor est, excepta tamen matre: ut vid. lib. præced. Tit. de Tutelis.

ARTICULUS III.

De tertio Excusationum capite: scilicet ex eo quod quis plus æquo gravaretur.

§ 1. *De onere trium Tutelarum.*

XI. ETI MEN, *etc.* [id est] Amplius autem et qui habet tres tutelas aut tres curatorias, aut commixtim tres tutelas, et adhuc manentes (hoc est, nondum excedentibus ætatem Minoribus); hi Excusantur ad quartam tutelam vel curatoriam vocati. Sed tamen etsi curator quis fuerit non impuberis, sed furiosi seu prodigi; in numerum curarum et hæc computabitur curatoria. Quod sic se habere docet Constitutio Severi et Antonini. Dixit autem hæc et Nobilis Ulpianus de tribus tutelis. *l.* 2. § 9. MODESTIN. LIB. 2. EXCUSATIONUM.

EAN ATO, *etc.* [id est] Si duas habenti tutelas aliæ duæ simul superinductæ fuerint; quæ est ordine tertia, auxiliabitur ei ad remissionem quartæ: etsi Imperator fuerit qui quartam injunxerit aut tertiam; et antequam cognoscat Imperatoris mandata, promotus erit ad aliam.

Si autem ordo non apparuerit, sed in una die duæ creationes proponerentur in diversis chartis; non qui creatus est, sed qui creavit, eliget quam oporteat eum suscipere. *l.* 6. MODESTIN. LIB. 2. EXCUSATIONUM.

Idem evenire potest si duobus testamentis, quum haberet tres tutelas, tutor datus est. Ubi non apertarum tabularum tempus inspici debebit, si quæratur quæ prior delata sit tutela; sed aditæ (2) hereditatis vel conditionis existentis. *l.* 31. PAUL. LIB. 6. QUÆST.

XII. *Jam quæ tutelæ et curæ in numero trium computentur, videndum est.*

Et 1.º Ulpianus, libro singulari de Excusationibus, ita scribit (3).

Si quis inter tres tutelas, emancipati filii sui tutelam administret; an ei hæc in numerum procedit, scio dubitatum. Invenio tamen rescriptum, Emancipatæ filiæ tutelam numerari inter onera oportere. *l.* 15. § 16. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSATIONUM.

2.º *Connumeratur et ea tutela quam quis non administrat, si eam administrare tenebatur. Ita Paulus in specie sequenti.* Si is qui tres tutelas administrabat, duobus pupillis diversis Decretis datus est; qui potuit Excusari; et, priusquam causas Excusationis allegaret, unus ex pupillis quorum jam tutelam administrabat, decessit: ubi desiit ei competere Excusatio, statim tenuit eum prius Decretum, quasi in loco tertiæ quarta subroganda. Nam ipso Jure tutor est, et antequam Excusetur: potuit ergo tutela ejus qui nunc quarto (4) loco invenitur Excusari. Sed cum non sit Excusatus (5), necessario subeundum est onus illius quoque tutelæ. Nec me movet (6) quod dicat aliquis, hoc ne exigi an administretur tutela. Hoc enim eo pertinet ne sit finita

(1) Id est, contutorem.

(2) Aditione hereditatis confirmantur ea omnia quæ in testamento continentur. Favorabiliter tamen, et ut legatarii qui ante aditam hereditatem decederent, possent legatum ad heredes suos transmittere; receptum erat uti dies legati prius cessisse intelligeretur; ex die mortis, Jure antiquo; ex Lege vero Papia, a die apertarum tabularum. Cum hæc ratio cesset circa tutelas; ab adita demum hereditate deferuntur.

(3) Hic est unus ex textibus Latine a Modestino relatis, ut supra ipse monuit N. 1. cum Nota (2).

(4) Et ante erat quinto.

(5) Nimirum quia elapsum est tempus, quo potuisset excusationem impetrare.

(6) Contra hoc quod dixit, eam tutelam quæ ex quarta facta est tertia tribuere excusationem ab illa quæ novissimo Decreto delata est, præoccupat objectionem. Dicet aliquis: Nonne exigitur ut tres tutelæ quæ excusationem a cæteris alicui tribuunt, illæ sint quas administret? Porro hanc tertiam nondum administrabat. Ad hanc objectionem respondet, Satis esse quod teneretur hanc tertiam administrare; et hujus periculo esset obnoxius, ut illa inter tres tutelas quæ excusationem tribuunt, possit computari.

administratio : cæterum si periculum sustineat cessationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam. *l.* 31. PAUL. LIB. 6. QUÆST.

Obiter nota : Illa quoque erit differentia tutelarum de quibus diximus : si tertia (1) et quarta sit delata; licet in quartam prius detentus sit; quod hujus (id est, quartæ), ex quo jussus est administrare; illius, ex quo datus est, periculum fuisse. *d. l.* 31. § 2.

3.° *Item connumerantur non solum tutelæ quibus quis ipse gravatus est, sed et illæ quibus gravati sunt domestici ejus ; si voluntate patrisfamilias administrent.*

Unde Modestinus : ΕΑΝ ΠΑΤΗΡ, *etc.* [id est] Si pater in tribus fuerit muneribus aut tutelarum aut curatoriarum, filius ejus non vexabitur : et ita constitutum est a Divo Severo et Antonino. Hoc autem et e contrario est, quod oportet filii tutelas remissionem patri dare; et rursus utrisque communes, id est, unam filii et duas patris; aut e converso. Tunc autem hæc ita se habent, quum onus uni domui, non separatis contingit. Scribit autem et Ulpianus nobilissimus hæc eadem. *l.* 4. § 1. MODEST. LIB. 2. EXCUSAT.

« Tria onera in domo una esse sufficit. Proinde » si pater alicujus vel filius vel frater qui est in ejusdem potestate, tria onera sustineat quæ ad periculum patris sui spectent, quia voluntate ejus administrant; omnibus Excusatio a tutela competit. Sed si non patris voluntate administrent; non prodesse, sæpe rescriptum est. *l.* 5. LIB. SING. DE OFFIC. PRÆTORIS TUTELAR.

XIII. *Vidimus quæ tutelæ et curæ computentur ad tribuendam Excusationem. Videndum nunc quæ non computentur.*

Et 1.° *quidem* ΛΟΓΙΣΤΕΙΑ, *etc.* [id est] Ratiocinatio civitatis neque in numerum unius tutelæ procedit. *l.* 15. § 7. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

2.° *Hæ tutelæ non computantur quas quis nec gerere tenetur, quamvis periculum earum in subsidium ad ipsum pertineat.*

V. G. ΕΑΝ Ο ΤΗΣ ΠΟΛΕΩΣ, *etc.* [id est] Si civitatis princeps, id est Magistratus (2), incidente ei creatione obnoxius fuerit periculo tutelæ (3); hanc non connumerabit aliis tutelis; quemadmodum nec fidejussores tutelæ, sed neque qui ob honorem tutores conscripti (4) sunt. *d. l.* 15. § 9.

Nota : Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater a cæteris tutoribus quibus negotia gerenda mandavit, rationes accipere voluit (5). *l.* 26. § 1. *ff. de Testam. tut.* PAPIN. LIB. 4. RESPONS.

3.° *Item non continetur tutela ejus pupilli qui nulla bona habet. Unde Paulus :* Eum qui pupillum bonis paternis abstinuerat, detinendum in quarta tutela existimavi; quasi deposita (6) illa. *l.* 31. § 3. LIB. 6. QUÆST.

4.° ΕΣΘ' ΟΤΕ, *etc.* [id est] Est autem quando et qui tres habet tutelas vel curas, non habet jus remissionis; puta, si quis affectaverit suscipere. Jam autem et tutor qui modici patrimonii factus est (7), affectasse videtur. *l.* 15. § 15. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

Hinc Severus et Antoninus : Si tres tutelas vel curas eodem tempore Non DEFUNCTORIE susceptas administras : onere quartæ tutelæ seu curationis pupillorum seu adolescentium non gravaberis. *l. un. Cod. Qui numero tutel.*

XIV. Non tantum magnitudo patrimoniorum ineunda est (8) susceptarum trium tutelarum, quæque (9) suscipienda est; sed etiam ætas pupillorum consideranda est. Nam si priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, ita ut tantummodo semestre tempus reliquum fuerit (aut eorum quorum suscipere tutelam cogitur); non dabitur Excusatio. Idque Principalibus Constitutionibus cavetur. *l.* 17. CALLISTRATUS LIB. 4. DE COGNITIONIB.

Multo magis Finito officio pubertate pupillorum, vel ætate adolescentium, aliæ substitui possunt; licet nondum ratio tutelæ seu curæ administratæ reddita sit. *l. un.* § 1. *Cod. Qui Numero tutel.*

XV. *Circa tutelas quæ computandæ sunt, necne, una quæstio superest.*

ΕΘΑΜΕΝ, *etc.* [id est] Diximus tres habentes tutelas, ad quartam non vocari. Quæsitum est igitur, si quis duas habens tutelas, deinde ad tutelam tertiam vocatus appellaverit; et adhuc pendente judicio appellationis, ad quartam tutelam promoveatur; utrum a quarta se Excusans mentionem

(1) Eadem species retinenda est, quæ mox supra : Habenti tres tutelas duæ aliæ diversis Decretis delatæ sunt; mox una ex tribus finita est; et sic quæ quarto loco erat, facta est tertia; quæ novissimo Decreto delata est, facta est quarta. Unde ab hac quæ facta est tertia non potest jam excusari; proindeque quamvis in ea quæ facta est quarta prius detentus videatur, quia forte circa eam tutelam Decretum prius est interpositum quo eam administrare jubebatur; tamen effectu prius tenetur ejus tutelæ nomine quæ facta est tertia. Nam ejus quæ facta est quarta cum ab ea potuerit excusari, periculum non sustinet; nisi ex quo elapso excusationis tempore jussus est administrare. Illius autem quæ facta est tertia (cum ab ea excusari non potuerit; utpote quæ sit facta tertia) periculum ex quo datus est, eum tenet : aut saltem ex quo ex quarta facta est tertia; quod mox atque delata est, contigisse supponitur.

(2) Duumvir.

(3) Vid. infra tit. *de Magistrat. conven.*

(4) Quamvis teneantur in subsidium eorum qui administrant, si cessaverint eos facere suspectos. Infra Tit. *de Tut. et Ration. distrah.*

(5) Differt ille ab *Honorariis* Tutoribus qui duntaxat tenentur observare. Nam ille in perpetuo tutelæ actu versatur, et assidue tenetur a tutoribus rationes exigere.

(6) Deposuisse onus hujus tutelæ videtur, abstinendo pupillum ab hereditate : nihil enim habet quod administret.

(7) Id est, si factus sit tutor alicujus pupilli modicum et parvi negotii patrimonium habentis.

(8) In computationis ratione.

(9) Id est, *ejusque quæ.*

faciet et tertiæ, an omnino dimittat illam? Et a Divo Severo et Antonino constitutum invenio, non oportere ad quartam promoveri a tertia appellantem: sed pendente tertiæ creationis Excusatione, illius finem expectare; terminum futurum quartæ creationis. Recta ratione: si enim ordine præpostero quartam suscipiat quis, eveniet ut post tertiam extantem, injusta tertiæ appellatione apparente, quatuor oneribus gravetur extra leges. *l.* 4. MODESTIN. LIB. 2. EXCUSAT.

XVI. *Jam observandum est quod tres tutelæ non æstimentur ex numero pupillorum, nisi separata patrimonia habeant.*

Unde Ulpianus: Tria onera tutelarum dant Excusationem. Tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimoniorum separatio. Et ideo qui tribus fratribus tutor datus est qui indivisum patrimonium haberent, vel quibusdam curator; unam tutelam suscepisse creditur. *l.* 3. LIB. SINGUL. DE OFFICIO PRÆTORIS TUTELARIS.

Neque igitur fratres consortes, plurium loco habendi sunt; neque non fratres, si idem patrimonium habent, et ratio administrationis pariter reddenda sit. Et ex diverso, fratrum diviso patrimonio, duæ tutelæ sunt. NON ENIM (ut dixi) numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum considerauda est. *l.* 31. § 4. PAUL. LIB. 6. QUÆST.

Observandum etiam quod, si unus pupillus in diversis provinciis bona habet, non ideo plures tutelæ æstimabuntur.

Hinc Papinianus. Quum oriundus ex provincia, Romæ domicilium haberet, ejusdem curator Decreto Præsidis ac Prætoris constitutus, rerum administrationem utrobique suscepit. Placuit eum duas curationes administrare non videri; quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur. *l.* 30. § 1. LIB. 5. RESPONS.

Interdum tamen locum habet id quod ait Paulus: Cæterum putarem recte facturum Prætorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit; si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. *sup. d. l.* 31. § 4.

§ 2. *De exilio et longinquitate domicilii.*

XVII. Plane si in exilium datus (1) sit tutor, potest se Excusare, si in perpetuum datus est. *l.* 29. MARCIAN. INSTITUT.

At vero Tutorem ad tempus exulare jussum, Excusare non oportet: sed per tempus exilii curator in locum ipsius debet dari. *l.* 28. § 2. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

XVIII. Sed et hoc genus Excusationis est; si quis se dicit ibi domicilium non habere ubi ad tutelam datus est. Idque Imperator Antoninus cum Divo patre significavit. *l.* 46. § 2. PAUL. LIB. SINGUL. DE COGNITION.

Hinc Modestinus: ΚΑΙ ΟΙ, *etc.* [id est] Et qui in testamento dati sunt tutores, remuent secundum Leges administrationem earum quæ in alia provincia sunt possessionum: quod ostendit subjecta Divi Severi Constitutio.

« DIVI SEVERUS ET ANTONINUS Augusti Valerio. » Testamento tutor datus, ante præfinitum diem » adire debuisti; et postulare ut ab administratione » rerum quæ in alia provincia erant, liberareris ». *l.* 10. § 4. LIB. 3. EXCUSAT.

Hæc autem causa etiam a jam suscepta tutela excusat, si ex necessitate supervenerit.

Hinc idem Modestinus: ΕΙΣΙΝ ΚΑΙ ΑΛΛΟΙ, *etc.* [id est] Sunt et alii qui etsi jam sint tutores vel curatores, continuo tamen de reliquo absolvuntur a sollicitudine: puta qui domicilium alio transtulerunt ex Rescripto Imperatoris; scientis quidem tutorem esse eum, transmigrare autem expressim ei concedentis, et horum alterutrum litteris significantis. *l.* 12. § 1. IBID.

§ 3. *De Rusticitate, senectute, valetudine, et paupertate.*

XIX. ΠΕΡΙ ΤΩΝ ΑΓΡΟΙΚΩΝ, *etc.* [id est] De Rusticis autem et humilibus, et illiteratis, scribit Paulus ita: Mediocritas et rusticitas interdum Excusationem præbent.

Secundum *autem* Epistolas Divorum Hadriani et Antonini; « Ejus qui se neget litteras scire, Excusatin accipi non debet (2), si modo non sit expers » negotiorum ». *l.* 6. § 19. MODESTIN. LIB. 2. EXCUSAT.

XX. *Item* ΑΦΙΕΝΤΑΙ, *etc.* [id est] excusantur a tutela et curatoria, qui septuaginta annos compleverunt.

Excessisse autem oportet septuaginta annos tempore illo quo creantur; aut quo hereditatem adiit quis; aut quo conditio quæ testamento inscripta est, completa est; non intra tempora Excusationis. *l.* 2. MODESTIN. LIB. 2. EXCUSAT.

Η ΔΕ ΗΛΙΚΙΑ, *etc.* [id est] Ætas autem probatur, aut ex nativitatis scriptura, aut aliis demonstrationibus legitimis. *d. l.* 2. § 1.

De Excusatione quam ætas indulget, pariter ita rescribunt Severus et Antoninus: Pater tuus si major est annis septuaginta, ad tutelam seu curam evocatus Excusare se solenniter potest. *l. un. Cod. Qui ætat. se Excus.*

(1) Id est, relegatus.

(2) Nec obstat quod dicitur in *Instit.* Tit. *de Excus. Tut.* § 3. « Eos qui litteras nesciunt, esse excusandos D. » Pius rescripsit: *quamvis et imperiti litterarum possunt ad » negotiorum administrationem sufficere* ». Nam ex hac particula *quamvis* quæ emendativa est, apparet hic agi de imperitia litterarum, quæ (ut sæpe sit) conjuncta est imperitiæ negotiorum: secus autem obtinere circa eos qui, licet litterarum rudes, non sunt tamen expertes negotiorum; et eorum administrationi sufficere possunt.

XXI. Luminibus captus, aut surdus, aut mutus, aut foriosus, aut perpetua valetudine tentus, tutelæ seu curæ Excusationem habet. *l. un. Cod. Qui morbo.* PHILIPP.

Et quidem et Post susceptam tutelam cæcus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut valetudinarius, deponere tutelam potest. *l.* 40. PAUL. LIB. 2. SENT.

Adversa quoque valetudo (1) excusat; sed ea quæ impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit: ut Imperator noster cum patre rescripsit. *l.* 10. *§ fin.* MODEST. LIB. 3. EXCUSAT.

Et non tantum ne incipiant, sed et a cœpta Excusari debent. *l.* 11. PAUL. LIB. SINGULARI DE EXCUSATIONE TUTORUM.

Non omne autem vitium corporis excusat.

Recte V. G. ΣΠΑΔΟΝΤΑ, *etc.* [id est] Spadonem quoque creabunt tutorem: nullam enim habet Excusationem; ut Constitutio ostendit Imperatorum Severi et Antonini. *l.* 15. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

Ita enim illi rescribunt: Falsa suasione credis te propterea quod spado sis, immunitatem a tutelis habere. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

Simili ratione rescribit Alexander: Frater tuus non ideo a tutela vel cura Excusari debet, quod oculum amisit: proinde intelligis munus susceptum eum deserere non posse. *l.* 9. *Cod. h. tit.*

XXII. Paupertas quæ operi et oneri tutelæ impar est, solet tribuere vacationem. *l.* 40. § 1. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Et alibi rursus: Paupertas sane dat Excusationem, si quis imparem se oneri injuncto possit probare. Idque Divorum fratrum Rescripto continetur. *l.* 7. ULP. LIB. SINGUL. EXCUSATION.

ARTICULUS IV.

De quarto Excusationum Capite, nimirum ex privilegio.

XXIII. *Circa omnes quæ ex hoc Capite oriuntur Excusationum causas, duo hic statim observanda veniunt.*

1.° *Debet quis habere privilegium jam eo tempore quo ad munus Tutelæ vocatur: nec enim excusat spes privilegii quærendi. Quocirca Papinianus:* Tutor petitus, ante Decreti diem si aliquod privilegium quærit, recte petitionem institutam excludere non poterit. *l.* 28. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

2.° *Et si quis sponte susceperit tutelam quam ex privilegio poterat repudiare, non ideo minus poterit suo privilegio uti ad repudiandam aliam tutelam quæ postea ipsi deferretur. Hoc sensu Gordianus rescribit:* Voluntariæ Tutelæ munera privilegiis non derogant. *l.* 13. *Cod. h. tit.*

Jam singulas privilegiorum causas percurramus.

§ 1. *De numero liberorum.*

Hoc privilegium proficiscitur ex celeberrima Lege Papia-Poppæa sub Augusto lata; quæ varia proposuit præmia his qui procreationi legitimæ sobolis studerent.

XXIV. *Ergo* ΑΦΙΗΣΙΝ, *etc.* [id est] Remittit a tutela vel curatoria, et liberorum multitudo (2). *l.* 2. § 2. MODEST. LIB. 2. EXCUSAT.

Scilicet (ut rescribunt Severus et Antoninus) Qui ad tutelam vel curam vocantur, Romæ quidem trium liberorum incolumium numero, de quorum etiam statu non ambigitur: in Italia vero quatuor; in provinciis autem quinque habent Excusationem. *l.* 1. *Cod. Qui numer. liberor.*

Nota: Romæ datos tutores eos tantum accipere debemus, qui vel a Præfecto Urbis, vel a Prætore, vel in testamento Romæ confecto, vel in continentibus ædificiis, dati sunt. *l.* 45. § 3. TRYPHON. LIB. 13 DISPUT.

ΤΟΥΤΟ ΔΕ, *etc.* [id est] Hoc autem videtur quidem dictum esse de tutore dato secundum testamentum: convenit autem hoc et in omni alio. *sup. d. l.* 2. § 5.

Sed et Si a Prætore detur curator mente capto aut muto, sive ventri; excusatur jure liberorum. *sup. d. l.* 45. § 2.

XXV. *An autem et a propriorum filiorum tutela aut cura hoc privilegium excuset, quæritur? V. G.* Lucius-Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum, ejus ætatis ut curatores accipere debeat. Quæro, si idem Titius pater, petente eodem filio emancipato, curator a Prætore detur, an jure publico uti possit; et nihilominus trium filiorum nomine vacationem postulare? Respondi, Præmium quidem patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere: sed cum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit si tali Excusatione utendum esse tentaverit. *l.* 36. § 1. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

XXVI. *Quæritur quoque, quinam liberi ad hanc Excusationem prosint? Et imprimis* ΝΟΜΙΜΟΥΣ, *etc.* [id est] Legitimos autem liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate. *sup. d. l.* 2. § 3.

Item naturales, non adoptivos: ut videb. Tit. de Vocat. et Excusat. muner. *infra lib.* 50.

ΤΟΝ ΔΕ ΑΡΙΘΜΟΝ, *etc.* [id est] Numerum autem liberorum determinatum Constitutionibus, esse oportet unicuique tunc quum creatur. Nam si post creationem generantur, non auxiliantur; ut Constitutio inquit Severi et Antonini. *d. l.* 2. § 8.

Ο ΔΕ ΕΝ ΤΗ ΓΑΣΤΡΙ, *etc.* [id est] Qui autem

(1) Hoc intellige de morbo perpetuo. Morbus temporaneus excusat quidem, sed ad tempus duntaxat: ut videb. Capite 2. hujus Sectionis.

(2) Hoc jus liberorum interdum Princeps concedebat quibusdam personis liberos non habentibus: ut videre est in epistolis Plinii, et ubique passim.

in ventre est, etsi in multis partibus Legum comparatur jam natis, tamen neque in præsenti quæstione, neque in reliquis civilibus muneribus prodest patri (1). Et hoc dictum est in Constitutione Divi Severi. *d. l.* 2. § 6.

Similiter ΔΕΙ ΔΕ ΕΙΝΑΙ, *etc.* [id est] Oportet autem liberos vivos esse quando tutores patres dantur. Quia enim antea decesserunt, his non connumerantur; neque rursus nocent, qui postea moriuntur. Et hoc ita inquit Constitutio Divi Severi. *d. l.* 2. § 4.

Uno casu, qui defuncti sunt, prosunt. Nimirum Bello amissi, ad tutelæ Excusationem prosunt.

Quæsitum est autem qui sunt isti? Utrum hi qui in acie sunt interempti; an vero omnes omnino qui per causam belli parentibus sunt abrepti, in obsidione forte? Melius igitur probabitur eos solos qui in acie amittuntur, prodesse debere (cujuscumque sexus (2) vel ætatis sunt): hi enim pro Republica ceciderunt. *l.* 18. Ulp. lib. 20. ad L. Juliam et Papiam.

XXVII. ΟΥ ΜΟΝΟΝ ΔΕ, *etc.* [id est] Non solum autem filii remissionem tutelæ tribuunt, et filiæ; sed etiam nepotes ex filiis masculis nati, masculi et feminæ. Auxiliantur autem tunc, quando, patre eorum mortuo, illius locum supplent avo. Quotcumque autem nepotes fuerint ex uno filio, pro uno filio numerantur. Hæc autem ex Constitutionibus quæ de liberis loquuntur, possunt colligi: nusquam enim facile est invenire ubi de Filiis loquatur Constitutio, sed de Liberis: appellatio autem hæc et ad nepotes extenditur. *l.* 2. § 7. Modest. lib. 2. excusat.

Pariter Η ΤΩΝ ΤΕΚΝΩΝ, *etc.* [id est] Natorum appellatio et ad nepotes extenditur. *l.* 104. *ff. de Verb. signif.* Modestin. lib. 2. excusat.

Nepotes autem ex filia non prosunt. Unde Antoninus: Neque filia amissa numero prodest ad declinanda municipalia munera (3); neque nepotes numerantur quorum pater superest, cum suo nomine patri prosint. *l.* 2. *Cod. Qui numero liber.*

§ 2. *De privilegio militiæ.*

Jam ad privilegium veteranorum militum transeundum est.

Quæstio I.

Quinam hoc privilegio gaudeant.

XXVIII. *Hic distinguendum est* Legionarios *inter, et* Urbanarum cohortum milites, *et* Nocturnos vigiles.

1.° Legionarii *veterani sunt qui tempus militiæ compleverunt: quod ex instituto Servii-Tullii et Lege Gracchana definitur ab anno decimo-septimo ad annum quadragesimum-sextum.*

ΕΞΘ' ΟΤΕ ΔΕ, *etc.* [id est] Quandoque autem non complent quidam militiæ tempus, et tamen habent remissionem tutelarum; sed non eamdem cum iis qui compleverunt. Qui enim vigesimum annum militiæ excessit, similis esse creditur (4) ei qui complevit tempus militiæ. *l.* 8. § 2. Modestin. lib. 3. excusat.

Ο ΔΕ ΕΝΤΟΣ, *etc.* [id est] Qui autem intra hos annos (5) dimissus est, non habet continuam tutelarum immunitatem; sed ad tempus, quemadmodum et reliquorum civilium munerum remissionem habet. Qui enim intra quinque annos militia solutus est, nullam sibi vindicabit immunitatem: qui autem post quinque annos, unius anni habet immunitatem; qui autem post octo, biennii; qui autem post duodecim, triennii; qui autem post viginti, sicut supra diximus, continuo absolvetur, *d. l.* 8. § 3.

Pariter Antoninus rescribit. Qui causaria (6) missione sacramento post viginti annorum stipendia solvuntur, et integram famam retinent; ad publica privilegia veteranis concessa pertinent. *l.* 1. *Cod. de Excusat. veteran.*

Hactenus de Legionariis.

2.° *Quod spectat ad cohortes Urbanas, quæ et* Prætoriæ *dicuntur; cum hæ tum ad principis tum ad Urbis custodiam destinatæ essent, majora erant horum militum privilegia quam cæterorum.* Plane si quis in cohortibus urbanis permilitavit, licet ante viginti annos mittitur, tamen perpetuam habet a tutelis Excusationem. *sup. d. l.* 8. § 9. ¶ *plane.*

3.° *Jam vero nocturni custodes seu Vigiles dicebantur, quibus præerat Præfectus Vigilum; instituti ab Augusto ut nocte excubias in Urbe agerent, ad arcenda incendia.* Sueton. *in* August. 30.

Ο ΔΕ ΕΝ ΤΟΙΣ, *etc.* [id est] Qui autem inter nocturnos custodes qui sunt Romæ militaverit, anni solius habet remissionem. *d. l.* 8. § 4

XXIX. *Hi quidem omnes Excusationem aut vacationem habent.*

ΟΥΤΟΙ ΔΕ, *etc.* [id est] Ita autem, si honeste scilicet absoluti fuerint, sicut dictum est; vel, propter ægritudinem, causariam remissionem acceperint; est enim et hæc honesta. Qui enim ignominiosa potitur remissione, non habet vacationem. *d. l.* 8. § 5.

ΓΡΑΦΕΙ ΔΕ, *etc.* [id est] Scribit autem et Ulpianus ita: « Sed ignominia missi, ab urbicis plane » tutelis excusantur: quia ingredi eis Urbem non » licet ». *d. l.* 8. § 9.

(1) Nam qui in ventre est, tunc demum pro jam nato habetur quum de ipsius commodo agitur; non quum de commodo cæterorum. L. 231. ff. *de Verb. signif.*

(2) Crederem verba hæc inclusa Parenthesi, loco suo mota esse, et reponenda supra post illa, *in obsidione forte.*

(3) Eadem ratio tutelarum.

(4) Eodem privilegio gaudet quo veterani proprie dicti.

(5) Id est, ante vicennium.

(6) *Causaria* missio est, quæ fit propter valetudinem.

Quæstio altera :

Adversus quos, ex privilegio ante actæ militiæ vacatio competat.

XXX. ΟΙ ΠΑΛΑΙ ΣΤΡΑΤΙΩΤΑΙ, *etc.* [id est] Sed et milites qui honeste compleverunt militiæ tempus, remissionem habent tutelarum adversus omnes hodie privatos (1).

Adversus autem filios eorum qui eidem ordini communicaverunt, et eorum qui olim milites fuerunt; intra annum quidem dimissionis, remissionem habent; post annum autem non habent. Coæqualitas enim honoris militiæ, fortior videtur omni militum privilegio : nisi fortassis alias habuerint justas tutelæ Excusationes; ut puta, numerum annorum, vel aliquid tale quale et privatos adversus omnes Excusare consuevit.

Hæc autem de filiis, non de nepotibus eorum qui olim milites fuerunt. Nepotes enim eorum qui olim milites fuerunt, in eodem loco cum reliquis privatis esse creduntur. *l.* 8. MODESTIN. LIB. 3. EXCUSAT.

Cæterum ΚΑΙ ΟΥΔΕΝ, *etc.* [id est] Et nihil differt qualiter indigeant filii commilitonis tutore vel curatore, utrum emancipati, vel patre mortuo. *d. l.* 8. § 11.

XXXI. *Quis autem conveteranus intelligitur ut ejus filiorum tutelam veteranus suscipere teneatur?* ΣΥΜΒΕΤΕΡΑΝΟΣ, *etc.* [id est] *Con*Veteranus autem esse creditur, non solum legionarius, sed et omnis qui qualitercumque militavit; etsi honeste est et ipse solutus [filiorum (2) tamen tutor creabitur.] Etenim Legionarius, ejus qui inter nocturnos custodes militavit filiorum tutor fit. *d. l.* 8. § 6.

Conveteranos ergo intellige, item honeste dimissos.

ΟΙ ΜΕΝ ΤΟΙ, *etc.* [id est] Qui nimirum ignominiose dimissi sunt, similes his qui nequaquam militaverunt existimantur : et propter hoc neque ipsi habent privilegium; neque filiis eorum, qui olim fuerunt milites (3) tutores dati obligabuntur. *d. l.* 8. § 1.

Si militum veteranorum filiis recte datur tutor veteranus; multo magis ΗΔΗ ΔΕ ΚΑΙ, *etc.* [id est] Jam vero et militi impuberi (4) curator dabitur, qui olim miles fuerit : scilicet si pater hujus mortuus fuerit; sive etiam hic emancipus fuerit, similiter (5). *d. l.* 8. § 7.

ΚΑΙ ΤΟΥΤΟΙΣ, *etc.* [id est] Et de universis his (6) Constitutiones testantur. *d. l.* 8. § 8.

XXXII. *Quod diximus, militibus filiisve militum aut veteranorum veteranos recte dari tutores, exceptiones patitur.*

Enimvero Si tribunus in Cohortibus Prætoriis permilitaverit, etiam collegarum filiorum tutela excusabitur; beneficio Divi Severi et Imperatoris nostri. *l.* 9. ULP. LIB. SINGUL. DE OFFIC. PRÆTORIS TUTELARIS.

ΠΡΙΜΙΠΙΛΑΡΙΟΙ, *etc.* [id est] Primipilarii ex Constitutionibus Imperialibus Excusationem habent reliquarum tutelarum; primipilarii autem filiorum tutores erunt.

Primipilarii antem hi existimantur qui exercent primum pilum (7). Si autem non exercens mortuus fuerit, hujus filiorum primipilarius tutor non erit. *sup. d. l.* 8. § 12.

Cæteri veterani tenentur quidem cujuslibet conveterani filiorum tutelam suscipere : sed si jam unam susceperint, a cæteris habent vacationem.

ΕΖΗΤΗΘΗ, *etc.* [id est] Quæsitum est autem, utrum unam et semel tutelam recipiunt (8) qui olim fuerunt milites; vel uno tempore non amplius quam semel (9); quiescente autem prima tutela rursus privilegium (10) recipiant? Aliter atque (11) in privatis qui quieverunt; non enim auxiliantur his qui habuerunt, neque inter tres annumerantur; ita et in his qui olim fuerunt milites, non prodest creatum esse (12). Hoc autem et in curis (13) est promulgatum, ut ostendit Divi Severi et Antonini Constitutio. *d. l.* 8. § 10.

XXXIII. *Circa veteranorum privilegium observandum superest quod ait Gordianus :* Quod placuit veteranos tantummodo conveterani filiorum seu militum, et quidem unam tutelam seu curam eodem tempore administrare compelli : eo pertinet ut, si aliis dati fuerint, intra solennia tempora

(1) *Privatos* opponit eis qui privilegiis ante actæ militiæ gaudent.

(2) Ejus qui similiter militavit. Sed hæc verba inclusa duobus [ ] desunt in Græco; at rectius ab Anton. Augustino totus hic textus ita vertitur : *Conveteranus... sed et omnis qui ubicumque permilitaverit : si modo honeste hic quoque missus sit. Nam Legionarius, etc.*

(3) Dicit, *qui olim fuerunt milites*, pro *Veterani*. Sensus est, Veteranos, si tutores dentur filiis eorum qui ignominiose missi sunt, invitos non teneri.

(4) Impubes, miles esse non potest. Verti ergo debuerat *Minori*; at hanc versionem comprobant verba sequentia, *Curator dabitur.*

(5) Cum utroque casu Minor factus fuerit sui juris, ita ut curatore indigeat.

(6) His nimirum omnibus quæ supra diximus.

(7) *Primipilum* vocabatur prima centuria; cui præpositus Centurio *Primipilaris* dictus, non solum Aquilæ præerat (quod erat præcipuum Romani Imperii signum), verum etiam quatuor centurias in prima acie gubernabat. Totius quoque legionis merita et commoda percipiabat, ut ea militibus distribueret : cujus administrationis rationem Cæsari reddere tenebatur. *Veget.* de Re milit. lib. 2. cap. 8. *Anton. Augustin.* lib. singul. ad Modestin.

(8) Id est, *semel in vita recipere teneantur.*

(9) Id est, *ut una* tutela ita intelligenda est, ut uno eodemque tempore una sit : finita autem ea, aliam teneantur suscipere.

(10) Ut amplius non sint tutores.

(11) Pro *Aliter atque*, vertendum erat *Sed quemadmodum*. Respondat ad quæstionem.

(12) Semel tutorem fuisse.

(13) *Curis* pro *Curatoriis*; id est, circa munus curatorum. Alias *curis*, eodem sensu.

causas **Excusationis ad competentem judicem deferant.** *l.* 2. *Cod. de Excusat. veteran.*

Nisi autem se Excusaverint, administrare tenebuntur; nec hoc privilegium a susceptis, sed duntaxat a suscipiendis tutelis excusat.

Tamen Ο ΠΡΙΜΙΠΙΛΟΝ, *etc.* [id est] Qui primum pilum explevit, si, quum tutelam suscepisset unius filii, rursus in militares necessitates assumptus erit; deponet sollicitudinem tutelæ. *l.* 10. § 5. Modest. lib. 3. excusat.

Obiter nota : ΟΜΟΙΩΣ, *etc.* [id est] Similiter et in locum illius tutoris quem postea sibi (1) collegam quis adduxerit, dabitur curator; ut ait Constitutio Divi Severi : quam recte adaptans omnibus similibus capitulis, curatorem dari licet in locum eorum qui temporis vacationem recipiunt. *d. l.* 10. § 6.

XXXIV. *Hactenus de privilegio veteranorum. Multo magis ipsi milites a tutelis Excusari debent. Hinc Ulpianus* : Si in castris merentes, non ab eo tutores dentur qui in castris merebat; Excusationem habere respondi. *l.* 23. § 1. Ulp. lib. 2. respons.

§ 3. De Privilegio eorum qui circa Principem sunt occupati.

XXXV. *Privilegium immunitatis a tutelis, conceditur etiam quibusdam personis quæ circa personam Principis occupatæ sunt.*

V. G. Jurisperitos qui tutelam gerere cœperunt, in consilium Principum assumptos Optimi Maximique Principes nostri constituerunt Excusandos : quoniam Circa latus eorum agerent; et honor (2) delatus finem certi temporis ac loci non haberet. *l.* 30. Papinian. lib. 5. respons.

Idem quoque privilegium Silentiariis (3) *tribuit Anastasius.* l. 25. Cod. h. t

§ 4. De privilegio professionis liberalium artium.

XXXVI. *Privilegium immunitatis a tutelis tribuit etiam professio liberalium artium. Enimvero* ΓΡΑΜΜΑΤΙΚΟΙ, *etc.* [id est] Grammatici (4), Sophistæ, Rhetores (5), Medici (6) qui ΠΕΡΙΟΔΕΥΤΑΙ [id est (7) *circulatores*] vocantur, quemadmodum a reliquis muneribus, ita et a tutela et a cura requiem habent. *l.* 6. § 1. Modest. lib. 2. excusat.

ΚΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΟΥΣ, *etc.* [id est] Et Philosophos quidem liberari a tutelis Paulus scribit ita :

« Philosophi, Oratores, Grammatici qui publice juvenibus prosunt, excusantur a tutelis » *d. l.* 6. § 5.

ΕΣΤΙΝ ΔΕ ΚΑΙ, *etc.* [id est] est autem Imperatoris Commodi Constitutionibus inscriptum capitulum ex Epistola Antonini-Pii, in qua manifestatur et Philosopohos habere immunitatem tutelarum. Sunt autem hæc verba : « Consimiliter » autem his omnibus Divus pater meus mox ingre- » gediens Principatum, Constitutione existentes » honores et immunitates firmavit; scribens, Philo- » sophos, Rhetores, Grammaticos, Medicos, im-

(1) Anton. Augustinus rectius vertit, *assessorem*.

(2) Id est, cum hic honor certo tempore non concludatur, debet perpetuam præbere excusationem.

(3) *Les Huissiers de la Chambre.*

(4) *Grammatici* qui etiam *Litterati* et *Litteratores* dicuntur, sunt Poetarum interpretes. Dudum ignota fuit Romæ Grammatica, in rudi adhuc et bellicosa civitate. Huc primus eam invexisse creditur quidam Crates-Mallotes Legatus ab Attalo Rege Romam missus, inter secundum ac tertium bellum Punicum sub ipsam Ennii mortem. Sensim postea Romæ crevit gratia ac cura Grammaticæ; adeo ut quandoque plus quam viginti celebres ejus artis scholæ Romæ floruerint. *Sueton.* lib. *de Grammat.* cap. 1, 2 et 4. Hinc Imperatores publica stipendia atque annonas Grammaticis constituerunt, eosque variis decorarunt privilegiis. *Spartian.* in Hadrian. l. 11. Cod. Theod. *de Med. et prof. liber. art.*

Cum *Grammaticis* confundendi non sunt Ludi Magistri, qui pueros prima litterarum elementa docent : nec enim illi inter liberalium artium professores connumerentur : l. 6. ff. *de Extraord. cognit.* nec eorum gaudent privilegiis.

(5) Multo serius, et difficilius Romæ recepti sunt *Sophistæ* (id est, Philosophi) et *Rhetores.* Suetonius (*lib. de Clar. Reth.* cap. 1.) et Gellius (*Noct. Att.* XV. 11.) referunt Senatusconsultum sub C. Fannio-Strabone et M. Valerio-Messala Coss. de Philosophis et Rhetoribus factum Uti Romæ ne essent. Iidem referunt Edictum quod aliquot deinde annis Domitius-Ænobarbus et Licinius-Crassus Censores ita edixerunt : « Renuntiatum Est nobis, » esse homines qui novum genus disciplinæ instituerunt, » ad quos juventus in ludum conveniat : eos sibi nomen » imposuisse Latinos Rhetores; ibi homines adolescen- » tulos dies totos desidere. Majores nostri quæ liberos » suos discere, et quos in ludos itare vellent, instituerunt : » hæc nova quæ præter consuetudinem ac morem Majo- » rum fiunt, neque placent neque recta videntur. Qua- » propter et his qui eos ludos habent, et his qui eo venire » consueverunt, visum est faciendum ut ostenderemus nos- » trum sententiam, Nobis non placere ». Nec solum his rudibus temporibus; sed etiam sub Domitiano Philosophos Urbe atque Italia ejectos neminem latet. Sub sequentibus vero Imperatoribus, Philosophi, Rhetores, et cæteri liberalium artium professores, in honore habiti sunt et privilegiis decorati.

(6) Sero Medicina in aliquo pretio Romæ haberi cœpit. Hanc artem servi aut liberti aut peregrini profitebantur : ut passim videre est, apud Suetonium in Calicul. 8. apud Senecam *de Benefic.* III. 24. et liquet ex inscriptionibus Gruteri. Julius-Cæsar Medicos, quo libentius Romam incolerent, civitate donavit : *Sueton.* in Julio 42. Augustus, quum opera Antonii-Musæ medici ac liberti sui e gravi morbo convaluisset, illi jus aureorum annulorum indulsit; et universo medicorum Ordini immunitatem dedit : *Dio Cass.* lib. 53. Has medicis, ut et cæteris liberalium artium professoribus immunitates confirmaverant Vespasianus, Hadrianus, et sequentes Principes : l. fin. § fin. ff. *de Munerib. et hon.* Illis annonam addidit Alexander : *Lamprid.* in Alexan.

(7) Quasi *Circuitores*; id est : illi qui circumquaque festinent ad ægrotos curandos. Illi privilegiis gaudent, non illi qui in umbra medicinæ student.

» immunes esse Gymnasiis (1), Sacerdotiis (2); stan- » tes et neque (3) ad frumenti, et vini, et olei » emptiones et præpositiones; et neque judicare, » neque Legatos esse; neque in militia numerari » nolentes; neque ad alium famulatum eos cogi ». *d. l.* 6. § 8.

XXXVII. *Ut autem hanc immunitatem habeant artium liberalium professores, tria concurrere oportet: 1.° Ut a curia civitatis in qua docent aut profitentur, probati fuerint; 2.° Ut intra numerum sint; 3.° Ut in patria sua doceant aut profiteantur.*

1.° *Enim* ΚΑΙ ΜΕΝ ΤΟΙ, *etc.* [id est] Et utique non aliter de immunitate hac fructum habebunt, nisi Decreto Senatus inscripti fuerint numero concesso, et circa operationem se negligenter non habeant. *d. l.* 6 § 4.

Nec prodest inscriptos vel probatos eos fuisse, si postea reprobentur. Nam et Ulpianus, libro 4 de Officio Proconsulis ita scribit:

« Sed et reprobari medicum posse a Republica » quamvis semel probatus sit, Imperator noster » cum patre, Lælio-Basso rescripsit ». *d. l.* 6. § 6.

2.° *Intra numerum esse debent.*

ΕΣΤΙΝ ΔΕ ΚΑΙ Ο ΑΡΙΘΜΟΣ, *etc.* [id est] est autem et numerus Rhetorum in unaquaque civitate qui vacationem munerum habent, et hæreses (4) quædam propositæ Lege: quod manifestum est ex Epistola Antonini-Pii, quæ descripta quidem est communitati Asiæ, universo autem orbi conveniens est. Cujus capitulum hic subjectum est: « Minores quidem civitates possunt quinque medicos » immunes habere, et tres Sophistas, Grammaticos totidem. Majores autem civitates, septem » qui curent (5), quatuor qui doceant utramque » doctrinam. Maximæ autem civitates decem medicos, et Rhetores quinque, et Grammaticos totidem. Supra hunc autem numerum, ne maxima » quidem civitas immunitatem præstat. Decet autem maximo quidem numero uti Metropoles » Gentium: secundo autem, quæ habent vel forum » causarum, vel loca judiciorum; tertio autem, » reliquas. *d. l.* 6. § 2.

ΤΟΥΤΟΝ, *etc.* [id est] Excedere quidem hunc numerum non licet, neque sententia Senatus, neque alia qua adinventione: minuere autem licet, quoniam pro civilibus muneribus apparet hoc tale factum. *d. l.* 6. § 3.

ΠΕΡΙ ΔΕ ΤΩΝ, *etc.* [id est] De Philosophis autem eadem Constitutio Divi Pii ita dicit: « Philosophorum autem non constitutus est numerus, » quia rari sunt qui philosophantur. Existimo » autem quoniam qui divitiis superabundant, vo- » luntarie tribuent pecuniam in utilitates patriæ: » si autem proprie loquantur (6) de substantia, » inde jam manifesti fient non philosophantes. *d. l.* 6. § 7.

3.° *Denique* ΕΤΙ ΚΑΚΕΙΝΟ, *etc.* [id est] Amplius et illud scire oportet, et eum *(demum)* qui in patria propria docet, aut medicetur, immunitatem hanc habere. Si enim existens Comanæus in Cæsarea doceat aut medicetur, apud Comanenses immunitatem non habet. Et hoc ita promulgatum est a D. Severo et Antonino. *d. l.* 6. § 9.

XXXVIII. ΤΟΥΣ ΜΕΝ ΤΟΙ, *etc.* [id est] Valde tamen disciplinis instructos, etsi supra numerum et in aliena patria moram faciant, esse immunes Paulus scribit; dicens D. Pium-Antoninum ita jussisse. *d. l.* 6. § 10.

Item ΤΟΝ ΕΝ ΡΩΜΗ, *etc.* [id est] Romæ philosophantem cum salario vel sine salario, remissionem habere promulgatum est a D. Severo et Antonino; ita ac si in propria patria doceret. Quibus promulgationibus potest quis illam rationem addocere; quoniam in Regia urbe quæ et habetur et est Communis patria, decenter utique utilem seipsum præbens, non minus quam in propria patria immunitate fruetur. *d. l.* 6. § 11.

XXXIX. ΝΟΜΩΝ ΔΕ, *etc.* [id est] Legum vero Doctores in aliquo Præsidatu docentes, remissionem non habebunt: Romæ autem docentes, a tutela et cura remittuntur. *d. l.* 6. § 12.

XL. Ulpianus, libro singulari De officio Prætoris Tutelaris, ita scribit:

» Athletæ habent a tutela Excusationem, sed qui » sacris certaminibus coronati sunt ». *d. l.* 6. § 13.

XLI. *Ex Constitutione Justiniani omnes Clerici, modo Ecclesiæ ministrent, et Monachi qui non divagantur, Excusationem habent ab omnibus tutelis et curis. l.* 52. *Cod.* de Episcop. et Cler.

Novella CXXIII hoc Jus confirmat; additque ut Monachi et Episcopi, nec si velint, possint esse tutores; cæteris clericis permittatur excusare se, vel onus recipere.

§ 5. *De privilegio quorumdam collegiorum ac municipiorum.*

XLII. *Privilegium immunitatis tutelarum concessum est etiam certis corporibus et collegiis.*

Sed Qui corporis item collegii jure Excusantur,

(1) Id est, præfecturæ gymnasiorum. *Gymnasiarchæ* munus est, ejus qui præest exercitio palæstrico cum aliquo suo sumptu.

(2) *Sacerdotiis* provinciarum scilicet, quæ sumptum aliquem habent: ludis enim præerant.

(3) Corrupta versio: legendum foret, *et neque stantes ad*, etc. Sed totus hic textus male omnino translatus est. Hunc ita vertit Anton. Augustinus: *Immunes esse Præfecturis Gymnasiorum, Ædilitas curis Sacerdotiis, hospitum receptione, frumenti atque olei emptionibus, etc.* est autem hic *Hospitum* (Logement de gens de Guerre): *Frumenti atque olei emptio et præpositio*, munus eorum quos vernacule dicimus (*chargé des approvisionnemens*).

(4) Id est, divisiones civitatum; ut vertit Ant. Augustinus.

(5) Id est, septem medicos.

(6) Rectius verteretur; *studiose contendant de pecuniis et re familiari.*

a collegarum filiorumque eorum tutela non Excusantur; exceptis his quibus hoc specialiter tributum est. *l.* 41. § 3. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOMARUM.

Plane ultra centesimum milliarium ab Urbe, filiorum collegarum suorum tutelam suscipere non coguntur. *l.* 42. PAUL. LIB. SINGUL. DE COGNITIONIBUS.

Non omnia tamen corpora vel collegia vacationem tutelarum habent, quamvis muneribus municipalibus obstricta non sint: nisi nominatim id privilegium eis indultum sit. *l.* 17. § 3. CALLISTRAT. LIB. 4. DE COGNIT.

XLIII. *Quæ sunt autem illa corpora et collegia?*

1.° *Fabri hoc privilegio gaudent. Ait enim Callistratus*: Eos qui in corporibus sunt, veluti Fabrorum (1), immunitatem habere dicimus.

Etiam circa tutelarum exterorum hominum administrationem, habebunt Excusationem. Nisi si facultates (2) eorum adauctæ fuerint, ut ad cætera quoque munera publica suscipienda compellantur. Idque Principalibus Constitutionibus cavetur. *d. l.* 17. § 2.

2.° Mensores frumentarios (3) habere jus Excusationis apparet ex Rescripto Divorum Marci et Commodi, quod rescripserunt Præfecto Annonæ. *l.* 26. PAUL. LIB. SINGUL. DE EXCUSATIONIBUS.

3.° Qui in collegio Pistorum sunt, a tutelis Excusantur; si modo per semet pistrinum exerceant. Sed non alios puto excusandos, quam qui intra numerum sunt. *l.* 46. PAUL. LIB. SINGUL. DE COGNITION.

Urbici autem pistores a collegarum quoque filiorum tutelis Excusantur. *d. l.* 46. § 1.

XLIV. Inquilini castrorum (4) a tutelis Excusari solent: nisi eorum qui et ipsi inquilini sunt, et in eodem castro eademque conditione sunt. *l.* 17. § 7. CALLISTRATUS LIB. 4. DE COGNITION.

XLV. *Quibusdam etiam civitatibus privilegium hoc concessum est. V. G.* Iliensibus (5) et propter inclitam nobilitatem civitatis et propter conjunctionem originis Romanæ, jam antiquitus et Senatusconsultis et Constitutionibus Principum plenissima immunitas tributa est: ut etiam tutelæ Excusationem habeant, scilicet eorum pupillorum qui Ilienses non sint. Idque D. Pius rescripsit. *d. l.* 17. § 1.

§ 6. *De ea privilegii specie, quæ uni ex libertis cujusque Senatoris competit.*

XLVI. *Una superest privilegii species quæ non ipsi personæ, sed liberto ejus qui personæ negotia procurat, remissionem tutelarum tribuit.*

Hoc privilegio gaudent Senatores: sed circa unum libertum duntaxat: non circa plures. Ita enim Gordianus: Ne Senatorum quidem liberti (nedum cæterorum) propterea quia patronorum negotia gerunt, a muneribus civilibus habent immunitatem. Tantummodo etenim unus Senatoris libertus, qui patroni negotia gerit, a tutela sive cura vacationem habet. *l.* 13. *Cod. h. tit.*

Et quidem oportet ut ipsius patroni negotia gerat. Nam Libertus Senatoris, filiorum ejus tutelam administrans ab aliis tutelis non excusatur. *l.* 43. HERMOGENIANUS LIB. 2. JURIS EPITOM.

XLVII. *Circa illud privilegium, duo observanda sunt.*

1.° Et quamvis libertinus, qui Senatori patrono procurat, Excusationem ab aliorum tutela habeat; iste tamen qui jus anulorum impetravit quia [a] in ordinem Ingenuorum transit, tali Excusatione uti non posset. *l.* 44. § 3. TRYPHONIN. LIB. 2. DISPUT.

2.° ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΟΙ, *etc.* [id est] Liberti uxorum Senatorum unius, etsi res eorum disponunt (6), non absolvuntur tamen a tutelis: hoc enim masculorum Senatorum libertis solum concessum est. *l.* 45. § 8. MODEST. LIB. 7. EXCUSAT.

ARTICULUS V.

De Excusationibus Curæ adultorum propriis.

XLVIII. *Propria adultorum Curæ est hæc Excusationis causa, de qua rescribunt Diocletianus et Maximianus*: Curator adultis nominatus quorum tutor antea fueras, invitus in administratione teneri non potes. Proinde, si dies Excusationibus præfinitus nondum excessit, uti competenti defensione potes. *l.* 20. *Cod. h. t.*

Maritus aut socer si sponsæ nuruive detur curator, excusare se non solum potest, sed debet: ut vid. lib. præced. Tit. de Tut. et Curat. dat.

ARTICULUS VI.

Quæ causæ Excusationem non tribuant.

XLIX. 1.° Coloni, id est conductores prædio-

(1) *Fabri* sunt artifices qui fabricandis aut reficiendis ædibus adhibentur: (*Maçons, Charpentiers, Couvreurs.*) His artificibus in Collegium coire Romæ concessum fuit. Ibi etiam alia fuere diversorum artificum collegia: (*Des corps de Métiers.*) De his vid. Tit. *de Colleg. et corpor.* infra lib. 47. cum Notis.

(2) Immunitates a publicis muneribus, his corporibus data est; quod tenuioris fortunæ hominibus constarent, et ne ab artibus utilibus quibus victum sibi quærere necesse habebant avocarentur. Quod si auctis ipsorum facultatibus jam facti sint obeundis muneribus publicis pares, minime ab his immunes esse debent.

(3) *Mensores*; qui apud nos (*Les Mesureurs des Halles et Marchés*).

(4) *Inquilini castrorum* hic esse videntur, homines conditione sua ascripti custodiæ alicujus castri aut castelli. Sicut in l. 112. ff. *de Legatis* 1.° INQUILINI PRÆDIORUM dicuntur, qui culturæ prædii ascripti sunt.

(5) Trojanis.

[a] *Florent.* qui.

(6) Cujacius ad h. l. notat hanc versionem vitiosam esse, et verti oportere: *Liberti uxorum Senatoriarum, etsi res earum procurent, etc.*

rum ad fiscum pertinentium, hoc nomine Excusationem a muneribus civilibus non habent : ideoque injunctæ tutelæ munere fungi debent. *l.* 8. *Cod. h. tit.* ALEXANDER.

Item O ΤΕΛΗ, *etc.* [id est] Qui vectigalia conduxit a civitatibus (1), non excusatur a cura. *l.* 15. § 10. MODEST. LIB. 6. EXCUSAT.

2.° ΜΗΔΕ ΛΙΒΡΑΡΙΟΥΣ, *etc.* [id est] Neque librarios, neque calculatores (2) quos vulgo RATIONARIOS dicimus, habere immunitatem dicunt Divorum Constitutiones. *d. l.* 15. § 5.

3.° *Pariter* Geometræ (3) a tutelis non vacant. *l.* 22. SCÆVOLA LIB. 1. REGUL.

4.° *Item* Domini navium non videntur haberi inter privilegia, ut a tutelis vacent. Idque D. Trajanus rescripsit. *l.* 17. § 6. CALLISTRAT. LIB. 4. DE COGNITION.

Scilicet, quum non sunt ex corpore Naviculariorum; et ipsi naves suas non exercent, sed aliis exercendas locant. De Naviculariis *autem, id est illis hominibus qui navibus aut propriis aut conductis annonam et merces in Urbem advehunt, ita Arcadius et Honorius :* Excusationem Naviculariis tutelæ sive curæ, hactenus ipsis tribuimus; ut in hujusmodi officiis, Minoribus sui tantum corporis obligentur. *l.* 24. *Cod. h. tit.*

I. *Et generaliter* O ΛΑΒΩΝ, *etc.* [id est] Qui accepit vel habet immunitatem civilium vel publicorum munerum, hic a tutela vel cura non excusabitur. *l.* 15. § 12. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

LI. *Illud patet quod* O ΦΑΣΚΩΝ, *etc.* [id est] Qui dixerit se ipsum ignotum esse patri aut matri pupilli, ea de causa liberandus non est. *d. l.* 15. § 14.

LII. O ΠΟΛΛΑ, *etc.* [id est] Qui jura multa poterit dicere, quorum unumquodque per se ipsum satis validum non est, an possit Excusari quæsitum est? Puta septuaginta quis annorum non est, neque tres habet tutelas, sed neque quinque filios, aut aliquod aliud jus remissionis; habet nimirum duas tutelas, aut duos filios, et sexaginta annorum est; aut alia quædam talia dicit, per se ipsa quidem perfectum auxilium non præbentia, quæ tamen si invicem conjuncta sint justa appareant? Sed visum est hunc non Excusari. *d. l.* 15. § 11.

Hoc est quod rescribunt Severus et Antoninus : Sed imperfectæ diversæ speciei vacationis (4), licet permixtæ, ad Excusationem non proficiunt. Scire igitur debes, eum qui duos filios habet, et duas tutelas administrat, Excusationem non mereri. *l. un.* § 1. *Cod. qui numero tutelar.*

SECTIONIS I

CAPUT SECUNDUM.

De causis quæ temporariam duntaxat Excusationem præbent a tutela vel cura, vel quæ a certa tantum administrationis parte liberant.

ARTICULUS I.

Quæ causæ Excusent ad tempus.

Ei qui ad certum tempus tutelæ vel curæ vacare (saltem facile) non posset, tribuitur ex certis causis temporalis Excusatio.

Prima causa : Morbus temporaneus.

LIII. ΕΑΝ ΤΙΣ ΟΥΤΩΣ, *etc.* [id est] Si quis ita ægrotus fuerit, ut oporteat eum non omnino dimitti a tutela; in locum ejus curator interim dabitur: sanatus autem hic rursus recipiet tutelam. Si quis autem in insaniam inciderit, similis est huic. Et ita Ulpianus scribit. *l.* 10. § 8. MODESTIN. LIB. 3. EXCUSAT.

Idem Ulpianus scribit : Sed in hoc Rescripto adjectum est, SOLERE vel ad tempus vel in perpetuum Excusari, prout valetudo est qua afficitur. Furor autem non in totum Excusat, sed efficit ut curator interim detur. *l.* 12. MODESTIN. LIB. 3. EXCUSAT.

Secunda causa : Ætas minor viginti quinque annis.

LIV. ΕΑΝ ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΟΣ, *etc.* [id est] Si libertus impubes (5) dabitur a patrono tutor filiis suis, vel alius quicumque minor viginti quinque annis; donec quidem impubes fuerit, non molestabitur. Interim autem alter in locum ejus creabitur curator (6). Similis est huic et legitimus tutor, si impuberem esse contigerit : etenim in locum ejus curator interim (7) dabitur. *l.* 10. § 7. MODEST. LIB. 3. EXCUSAT.

(1) Secus de his qui fisci vectigalia conduxerunt. Cum enim major sit fisci favor, excusantur a Tutelis et cæteris muneribus : l. 8. § 1. ff *de Vacat. et excusat. mun.* Scilicet ne eorum facultates quæ fisco sunt obligatæ, extenuentur; ut dicitur in l. 5 § 10. ff. *de Jur. immunit.*

(2) *Librarii* sunt, qui libros exscribunt et concinnant; dicti a Libro, id est cortice arboris, quo antiquissimis et rudioribus sæculis homines ad scribendum utebantur

Calculatores sunt, qui rationibus conficiendis adhibebantur; ita dicti a calculis quibus utebantur. Erant autem calculi, minuti lapilli : (*des Jetons*). Ant. August.

(3) *Geometræ*, idem quod Agri mensores (*Arpenteurs*).

(4) Supple, *causæ*. Sensus est, plures vacationis a Tutela causas seu rationes, diversas invicem specie, in eadem persona permixtas et concurrentes, sed quæ singulæ *imperfectæ* sint, non proficere ad excusationem.

(5) Modestinus usus est verbo ΑΦΗΛΙΞ quod Ant. Augustinus monet vertendum fuisse *Minor*, non (ut in vulgari versione) *impubes*.

(6) Cujacius vertit *tutor*. Nam Minor testamento tutor datus; non est tutor donec Major sit : debet igitur interim alius tutor dari. Vox Græca qua usus est Modestinus (ΚΗΔΕΜΩΝ) ambigua est, et tam tutorem quam curatorem significat.

(7) *Curator*, non *Tutor*. Nam Jure Pandectarum is Minor erat ipso jure tutor legitimus; ut vid. lib. præced. Tit. *de Tutelis :* adeoque interim non *tutor* jam tutorem habenti pupillo, sed *curator* dabatur.

Tertia Excusationis temporariæ species :

Absentia Reipublicæ causa.

LV. *Hinc ita rescribit Gordianus* : Qui tutores vel curatores dati, Reipublicæ causa abfuturi sunt; ad tempus se Excusare debent a tutela : ne etiam medii temporis periculo obstringantur. Quod quidem si tu fecisti; ejus intervalli quo abfuisti, periculum non debes pertimescere : quod si id prætermisisti; ut priore loco is conveniatur qui administravit, de jure postulabis. *l.* 1. *Cod. Si tut. vel cur. Reip. caus. aberit.*

LVI. *Nec solum ad tempus quo durabit absentia, Excusatio prodest; sed etiam* Certum est eos qui Reipublicæ causa abesse desierunt, ab omni nova tutela anno vacare debere. *l.* 2. *Cod. d. tit.* GORDIAN.

Hoc ita circa novas tutelas obtinet. Verum ΑΣ ΜΕΝ ΤΟΙ, *etc.* [id est] Quas denique prius habebant tutelas, propter hoc autem deposuerunt quoniam publici negotii gratia abibant; has, quum reversi fuerint, confestim recipient : nihil eis auxiliante anno. Annus enim ad futuras novasque datur, non ad eas quæ resumi debent. *d. l.* 10. § 2.

ΕΝΙΑΥΤΟΣ, *etc.* [id est] Annus autem copulatorum dierum scrutabitur ex quo quis reversus est rectam viam dirigens vel dirigere debens, non eam quæ est ex circuitibus. *l.* 10. § 3. MODESTIN. LIB. 3. EXCUSAT.

LVII. *Ex dictis emergit quæstio.*

TITIUS FILIIS MEIS QUOAD REIPUBLICÆ CAUSA NON ABERIT, TUTOR ESTO. Gessit tutelam ex testamento delatam : deinde Reipublicæ causa abesse cœpit et desiit. An quasi nova tutela nunc delata Excusari debeat, etiam ob absentiam Reipublicæ causa? An quia præcessit testamentum absentiam ob publicam causam, et est ab eo jam administrata tutela, non oporteat eum Excusari? Quid si liberos interea susceperit, aut aliam Excusationem paravit? Magis est ut hæc una tutela sit : ideo nec Excusationem ei competere, nec agi TUTELÆ ob prius tempus posse. *l.* 45. TRYPHONIN. LIB. 13. DISPUT.

Sed si ita scriptum in testamento fuit : TITIUS TUTOR ESTO; QUUM REIPUBLICÆ CAUSA ABERIT, TUTOR NE ESTO; QUUM REDIERIT, TUTOR ESTO : quid de Excusatione aut ob absentiam Reipublicæ causa aut aliam quæ post obvenit, dici oporteat videamus? Præcedit autem alia quæstio : Testamento ex die vel sub conditione tutores dati, an se Excusare ante diem conditionemve necesse habeant? Et imprimis an jam dies quinquaginta (1) eis cedant, intra quos necesse est causas Excusationis exercere? Sed verum est non ante esse tutorem, quam dies venerit : nam nec antequam adita sit hereditas. Quia igitur ex eodem testamento jam gesta fuit tutela; et qui Excusatus est, alias abfuturus Reipublicæ causa, reversus continuo hæret tutelis ante susceptis, etiam intra annum (2). Sed hic ex ipso testamento desierat [a] esse tutor, et ideo ex secunda tutela Excusare se potest. *d. l.* 45. § 1.

LVIII. *Observandum superest, absentes Reipublicæ causa hic generalissime accipi. Igitur* ΟΥ ΜΟΝΟΝ ΔΕ, *etc.* [id est] Non solum autem qui ad caligatas militias et reliquas, primipilarii militaverunt, sed et qui qualitercumque necessitatis publicæ plebis Romanorum gratia absentes fuerunt; anni habent vacationem post reversionem. *l.* 10. MODESTIN. LIB. 3. EXCUSATIONUM.

Ο ΜΕΝ ΤΟΙ, *etc.* [id est] Annus denique hic non solum his qui compleverunt consuetum militiæ tempus in reliquis publicis necessitatibus datur, sed et his qui qualitercumque quieverunt a publica necessitate, et reversi sunt; etsi minus tempus eo quod constitutum est, consummaverunt. *d. l.* 10. § 1.

LIX. *Sed et* Eorum qui Reipublicæ causa absunt, comites, qui sunt intra statutum numerum, de tutela quæ absentibus vel profecturis delata est excusantur. Nam susceptam antea non deponunt. *l.* 41. § 2. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOMAR.

Quarta causa temporariæ Excusationis :

Quorumdam honorum aut munerum gestio.

LX. ΕΘΝΟΥΣ, *etc.* [id est] Gentium Præsidatus (3), puta Asiæ, Bythiniæ, Cappadociæ, tribuit immunitatem a tutelis; hoc est, quoad in Præsidatu sunt. *l.* 6. § 14. MODESTIN. LIB. 2. EXCUSAT.

Item ΑΦΙΕΝΤΑΙ, *etc.* [id est] Remittuntur a tutela et Cura, Magistratus civitatum. *d. l.* 6. § 16.

Scilicet si jam quum creantur, magistratum exerceant. Cæterum Propter magistratum quem in municipio quis erat administraturus, tutelæ Excusationem non habere, respondi. *l.* 23. ULP. LIB. 2. RESPONS.

Et Sane notum est quod gerentibus honorem, vacationem tutelarum concedi placuit. Vacare autem, eos qui tunc primum vocentur ad suscipiendum officium tutelæ : cæterum eos qui jam se miscuerint administrationi, ne tempore quidem magistratus vacare æque notum est. *l.* 17. § 5. CALLISTRAT. LIB. 4. DE COGNIT.

Quod de honoribus diximus, non trahe ad Ædilitatem. Enimvero Is qui Ædilitate fungitur, potest tutor dari. Nam Ædilitas inter eos magistratus habetur, qui privatis muneribus Excusati sunt (4); secundum D. Marci rescriptum. *d. l.* 17. § 4.

LXI. *Item* Hi quibus Princeps curam alicujus rei

(1) Vid. infra N. 71.*

(2) Supple, non ideo in hac postrema specie excusatio ei reverso deneganda est : tunc enim reverso denegatur quum eadem est Tutela. *Sed hic, etc.*

[a] *Florent.* desierit.

(3) Id est, Sacerdotium. Qui his muneribus fungebantur, præerant ludis.

(4) Non a Tutela. Nec enim quisquis a muneribus excusatur, ideo et a Tutela. Supra N. 50.

injunxit, Excusantur a tutela; donec curam gerunt. *l.* 22. § 1. SCÆVOLA LIB. 2. REGUL.

Et quidem administrantes rem Principum, ex indulgentia eorum (licet citra (1) Codicillos) a tutela itemque Cura, tempore, administrationis delata, Excusantur. *l.* 41. HERMOGEN. LIB. 2. JURIS EPITOMAR.

Idemque custoditur in his qui Præfecturam Annonæ vel Vigilum gerunt. *d. l.* 41. § 1.

Denique (*ut rescribit Alexander*) Exactores tributorum tanto tempore quanto rationem tributariam tractaverint; non solum ab oneribus, sed etiam a tutelis vacationem habere dubitare non debuisti. *l.* 10. *Cod. h. tit.*

ARTICULUS II.

De ea Excusationis specie qua quis non a tota tutela, sed a certa parte administrationis liberatur.

LXII. Licet datus tutor, ad universum patrimonium datus est; tamen Excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit. Et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Præsides ejus. *l.* 21. § 2. MARCIAN. LIB. 2. INSTITUT.

Similiter Illud usitatissimum est, ut his qui in Italia domicilium habeant, administratio rerum provincialium remittatur. *l.* 19. ULP. LIB. 35. AD ED.

Nec Senatores ultra centesimum lapidem Urbis, tutelam gerere coguntur. *l.* 2. § 3. MARCIAN. LIB. 2. INSTIT.

Et de his casibus nota : Habenti ergo tutorem tutor datur; sed aliarum rerum, non earumdem datur. *d. l.* 21. § 4.

Consonat quod rescribunt Severus et Antoninus. Si curatores dati estis generaliter; nec Decreto significatum est Italicarum tantum rerum vobis munus injunctum; adire debetis competentem judicem, ut vos a provinciali administratione liberet. Quod si factum fuerit; petent sibi in provincia curatores, adolescentes. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

SECTIO II.

Quibus liceat Excusatione uti; et quæ intervenire debeant ut Excusatio pariat tutelæ remissionem.

ARTICULUS I.

Quibus liceat, necne, uti Excusationibus supra enumeratis.

§ 1. *Generalia quædam proponuntur et omnibus personis communia, ex quibus quæri potest an Excusatio admittenda sit, necne.*

LXIII. *Non prohibentur se excusare, etiam qui sunt ex necessariis personis pupilli. V. G.* Qui privilegio subnixus est, fratris curationem suscipere non cogitur. *l.* 30. § 2. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

LXIV. *At vero* Ο ΤΩ ΠΑΤΡΙ, *etc.* [id est] Qui patri promisit se fore tutorem liberorum, Excusari ab hac tutela non potest; etsi aliter habet jus Excusationis. *l.* 15. § 1. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

Non dissimilem ob rationem Excusatio non recipitur in specie de qua ita Paulus. Qui se filio testatoris impuberi tutorem ascripsit, etsi suspectus esse præsumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse; tamen si idoneus esse approbetur, non ex testamento (2), sed ex Decreto tutor dandus est. Nec Excusatio ejus admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris. *l.* 18. § 1. *ff. de L. Corn. de Fals.* LIB. 3. SENTENT.

Multo minus licebit se Excusare ei qui, jam delata sibi tutela, Excusationi quæ sibi competebat renuntiavit, vel tacite; puta, incipiendo administrare tutelam.

Hinc Philippus : Tutores quos posteaquam bona pupillorum administraverunt, a Præside provinciæ quasi re integra Excusari se impetrasse asseveras, periculum administrationis evitare minime posse manifestum est. *l.* 2. *Cod. Si tutor. vel cur. fals. allegat.*

LXV. *Ei cujus Excusatio reprobata est, non licet pro eadem tutela vel Cura eamdem Excusationis causam proponere.*

Verum Qui se vult Excusare, si plures habeat Excusationes et de quibusdam non probaverit; aliis uti intra tempora non prohibetur. *l.* 21. § 1. MARCIAN. LIB. 2. INSTITUT.

§ 2. *An et quando Excusatio liberti admittatur a tutela filiorum patroni.*

LXVI. Libertos a tutela vel Cura liberorum patroni seu patronæ nullam Excusationem impetrare posse Amplissimus Ordo, auctore D. Marco, censuit. Et ideo nec illud eis prodesse debet quominus curatores etiam inviti, patroni seu patronæ liberis dentur; quod eorumdem tutelam administraverunt. *l.* 5. *Cod. h. tit.* ALEXANDER.

ΕΑΝ ΠΟΛΛΟΙ, *etc.* [id est] Si plurium libertus fuerit, omnium (3) liberis tutor dabitur; et a tribus tutelis non absolvitur (4). *l.* 14. § 4. MODESTIN. LIB. 5. EXCUSAT.

Tamen Si tanta corporis aut mentis valetudine ab agendis rebus libertus prohibeatur, ut ne suis quidem negotiis sufficiat; necessitati erit succurrendum [a] : ne impossibile injungatur tutelæ munus quod obiri a liberto non potest, cum incommodo pupilli et adversus utilitatem ejus. *l.* 45. § 4. TRYPHONIN. LIB. 13. DISPUTAT.

(1) *Codicillos* hic intellige, Principis diploma.

(2) Quæ quis enim sibi testamento ascribit, non valent ex Senatusconsulto Liboniano, de quo infra lib. 48. Tit. *de Lege Corn. de Fals.*

(3) Ita legendum videtur. Vulgo *Si plures liberti fuerint, unus omnibus libertis tutor, etc.* Vid. Cujacium ad h. l.

(4) Finge quatuor eum habere patronos, qui singuli liberos habeant : tenebitur omnium tutelam suscipere; nec a tutela liberorum quarti patroni excusabitur, quod jam tres tutelas gerat.

[a] *Florent.* succumbendum.

LXVII. ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΝ, *etc.* [id est] Libertum quum de Excusatione tutorum et curatorum tractatur, scire oportet non solum patris pupilli; sed et matris intelligi debere. *l.* 14. Modestin. lib. 5. excusat.

Et quidem ΑΛΛΑ ΚΑΙ, *etc.* [id est] Sed et si jus annulorum aureorum impetraverit, adhuc custodit libertorum ordinem (1); secundum hæc quæ scribit Marcus-Antoninus. *d. l.* 14. § 2.

At Ο ΙΔΙΩ, *etc.* [id est] qui propria pecunia emptus et manumissus est, nequaquam connumeratur reliquis libertis. *d. l.* 14. § 3.

Item Nequaquam credendum est ei privilegium Excusationis ablatum, cui fideicommissaria libertas soluta est. Nam in toto fere Jure manumissor ejusmodi, nihil juris ut patronus adversus liberti personam consequitur; excepto, quod in Jus vocare patronum injussu Prætoris non debet. *l.* 24. Papin. lib. 11. quæst.

LXVIII. ΚΑΙ ΟΠΟΤΑΝ, *etc.* [id est] Sed et cum de liberis patroni quæsierimus, scire oportet appellationem hanc non in primo gradu consistere; hoc est in filium et filiam, sed et in nepotes ex utroque latere, et eos qui deinceps sunt. *sup. d. l.* 14. § 1.

Cæterum Libertus non aliis patroni patronæve liberis tutor esse cogitur, quam qui jura patronatus sperare possunt (2). *l.* 14. *ff. de Tut. et curat. dat.* Papin. lib. 12. quæst.

Ad collibertorum autem tutelas hoc Jus non porrigitur. Ita enim Papinianus : Patronus impuberi liberto quosdam ex libertis tutores aut curatores testamento dedit. Quamvis eos idoneos esse constat; nihilominus jure publico poterunt Excusari, ne Decreto confirmentur. *l.* 30. § 3. Papin. lib. 5. respons.

ARTICULUS II.

Quæ intervenire oporteat ut Excusationis causa remissionem tutelæ pariat.

LXIX. ΠΟΛΛΑ, *etc.* [id est] Multa vero observari oportet ut concedatur tutores vel curatores causas remissionis tribuere (3). Oportet enim eos etiam constituto Legibus tempore ad judicem accedere. *l.* 13. § 1. Modestin. lib. 4. excusat.

Oportet ut ibi causas Excusationis contestentur, easque probent judici ; denique ut Decretum judicis interveniat quo Excusatio admittatur et tutela remittatur.

Hæc sigillatim dispicienda sunt.

§ 1. *Apud quem judicem et intra quod tempus contestandæ sint Excusationum causæ.*

LXX. *Potest quis Excusationis causas proponere apud ipsum judicem a quo datus aut confirmatus est tutor. Enimvero* ΕΙΔΕΝΑΙ, *etc.* [id est] Scire oportet quoniam neque dati tutores, neque testamentarii provocare necesse habent ; ut ostendit Constitutio D. Veri et Antonini. Hoc autem observari oportet et in datis curatoribus : In paucissimis enim distant curatores a tutoribus. Adversus deinque Sententias auferentes eis Excusationes, licentiam habebunt appellandi. *d. l.* 13.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Tutores nominatos appellationem interponere necesse non habere, certissimi Juris est. Quapropter, licet non appellasti; si quam te Excusationem habere confidis, intra tempus quod D. Marci Constitutione præscriptum est, hac apud Præsidem provinciæ uti non prohiberis. *l.* 18. *Cod. h. tit.*

LXXI. ΕΙΣΙΝ, *etc.* [id est] Sunt autem constituta tempora hæc. Qui enim in ipsa civitate est ubi creatur, vel intra centesimum lapidem a civitate, intra quinquaginta dies Excusabitur. Postea autem non admittetur; sed tenebitur ad sollicitudinem. Et si horum quid non fecerit, erit in eadem causa in qua esset si apparuisset proprio periculo ipsum negligere : neque ulla ei via relicta erit ad Excusationem.

Qui autem supra centum milliaria a civitate abest, viginti milliaria habebit numerata in unamquamque diem a qua cognoverit. Oportet autem ei manifestari a Præsidibus vel in faciem, vel ad domum. Et Extra hos, alios triginta dies habebit ad Excusationem. Hoc autem convenit et iis qui testamento dati sunt; sive tutores fuerint, sive curatores quos confirmari a Magistratibus consuetum est. *d. l.* 13. § 1.

LXXII. ΕΤΕΡΟΝ, *etc.* [id est] Aliud etiam inveninus in Divi Marci promulgatione, inquisitione dignum. Etenim ei qui in ipsa civitate est in qua creatus est, vel intra centum milliaria, quinquaginta dierum spatium legislator dedit : ei vero qui ultra centum milliaria habitat, in unamquamque diem numerari viginti milliaria jussit; et extra hos, alios triginta dies adjecit ad Excusationem. Unde contingit ut, si cujus habitatio centum sexaginta milliaribus absit, is octo et triginta dierum spatium habeat; octo quidem, centum sexaginta milliariorum homine, in unamquamque diem viginti milliariis numeratis; triginta vero, eo quod ad Excusationem faciunt. Erit igitur in deteriori ordine qui longius habitat, eo qui intra centum milliaria est, vel in ipsa civitate : si utique his quidem semper quinquaginta dies spatii sunt, illis vero pauciores.

Sed etsi maxime verba Legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult. Ita enim et Cerbidius-Scævola, et Julius-Paulus, et Domitius-Ulpianus, Coryphæi legum prudentum scribunt; dicentes ita oportere hoc observari, ut nunquam

(1) Hoc enim beneficium sic datur, ut patrono non noceat.

(2) Ergo exheredatis non cogitur esse tutor; item liberis ejus manumissoris cui non concessa sunt jura patronatus; aut qui ab eo jure excidit : de quib. vid. infra lib. 37. Tit. *de Jur. patron.*

(3) Rectius vertit Augustinus, *allegare*.

alicui minus detur quinquaginta dierum spatio; tunc autem longius (1), quum annumeratio dierum qui in viam computantur, adjictis triginta diebus quos ad Excusationem Lex dat, excedit quinquaginta dies. Ut puta si dixerimus aliquem a quadringentis quadraginta milliariis habitare : hic enim viæ quidem habebit dies viginti duos, ad Excusationem autem alios triginta. *d. l.* 13. § 2.

LXXIII. ΠΑΡΑΦΥΛΑΞΟΥΣΙ, *etc.* [id est] Observabunt autem hoc temporis spatium, omnes qui qualitercumque Excusantur a tutela vel Cura, vel parte (2) ejus. *d. l.* 13. § 3.

LXXIV. ΑΙ ΔΕ, *etc.* [id est] Quinquaginta vero dies continui numerantur; incipiendo a tempore cognitionis, quo quis cognovit se ipsum datum esse. *d. l.* 13. § 9.

Similiter rescribit Alexander : Quinquaginta dies qui præfiniti sunt ad professionem Excusationis iis qui tutores dati sunt, ex eo die cedere ex quo Decretum Prætoris aut testamentum parentis notum factum fuerit ei qui ad munus vocatus fuerit, ipsa Constitutio quæ hoc induxit, sanxit. *l.* 6. *Cod. h. tit.*

Circa tutores autem et curatores testamento datos, qui confirmari indigent; tempus currit ex quo se confirmatos, non ex quo se testamento datos noverunt.

Hoc patet ex specie sequenti. Gaius testamento Nigidium filio suo tutorem dedit, eumdemque usque ad vicesimumquintum annum curatorem constituit. Quæro, cum liceat Nigidio a curatione etiam citra appellationem se Excusare; ex qua die tempora quæ in Excusationibus observanda D. Marcus statuit, computanda sunt? Utrum ex die aperti testamenti, an ex quo ad negotia gerenda vocatur, id est post quartum-decimum annum impletum? Modestinus respondit, Excusationem a Cura tunc necessariam esse, quum Decreto Prætoris seu Præsidis confirmatus curator (3) fuerit. *l.* 16. LIB. 2. RESPONS.

§ 2. *Quomodo contestandæ sint Excusationes; quomodo probandæ, et intra quod tempus.*

LXXV. *Eum autem cui Tutela delata est* ΕΙΔΕΝΑΙ, *etc.* [id est] Scire oportet, non sufficere si accedat ad judicem, sed oportere etiam de specie remissionis testari; et si multa habeat jura quæ ad remissionem faciunt, omnia nominare; si minus, similem esse ei qui nequaquam accessit, aut accessit quidem, justam autem remissionis causam non nominavit. *l.* 13. § 8. MODESTIN. LIB. 4. EXCUSAT.

ΧΡΗ ΔΕ, *etc.* [id est] Oportet autem una testari ante tribunal vel aliter in submemorationibus (4). Potest autem et libellos dare; ut iidem ipsi aiunt Imperatores. *d. l.* 13. § 10.

LXXVI. *At quamvis tutor possit Excusationis causam contestari per libellum; non tamen admittere eam judex potest per subscriptionem ad libellum : sed ea res causæ cognitionem pro tribunali desiderat.*

Hoc est quod ait Ulpianus : Excusare (5) se tutor per libellos non poterit (6). *l.* 25. ULPIAN. LIB. 2. DE OFFIC. PROCONS.

Imo quamvis jam remissionem alicujus tutelæ pepererit eidem tutori hæc quam proponit Excusationis causa; tamen, si ad aliam tutelam postea vocetur, non ideo minus necessaria erit causæ cognitio.

Hinc Modestinus : Ο ΑΠΟΛΥΘΕΙΣ, *etc.* [id est] Qui absolutus est a tutela vel Cura, non omnino depositionibus apud Acta ad remissionem alterius tutelæ vel curationis utetur; si non extiterint ei jura remissionis. *l.* 15. § 13. MODESTIN. LIB. 6. EXCUSAT.

LXXVII. *Jam vero intra quod tempus hoc probandæ Excusationis negotium peragi debeat, docet Paulus. Ita ille :* Quinquaginta dierum spatium, tantummodo ad contestandas Excusationum causas pertinet : peragendo enim negotio ex die nominationis, continui quatuor menses constituti sunt. *l.* 38. PAUL. LIB. 2. SENTENT.

Quocirca Modestinus : ΑΠΟΧΡΗ ΔΕ, *etc.* [id est] Sufficit autem intra constitutum tempus (7) Excusare se solum. Si enim postea nolens detierit, non ei nocebit.

Ideoque si repræsentaverit quis se solum; non permanserit autem postea ut se Excuset; post constitutum tempus (8) exceptione repelletur (9). Et

(1) Suppla, datur spatium.

(2) Supra N. 62.

(3) Igitur nec ex die testamenti aperti, nec ex die quo filius testatoris implevit decimam et quartum annum, curret tempus ut curator testamento datus se excuset a Cura; sed ex die Decreti Præsidis. Cum enim jure dari non potuerit Cura testamento, non prius potest videri delata, quam Decreto Præsidis confirmata sit : non potest autem prius currere tempus curatori ad se excusandum, quam delata sit.

(4) Id est (ut interpretatur Cujacius) *apud Acta.*

(5) Ita Cujacius hanc legem conciliat cum sup. d. l. 13. § 10.

(6) Hinc quidam colligere volunt, tutorem non posse per procuratorem se Excusare. Sed minime necessaria videtur hæc consequentia. Ibi enim non præsentia tutoris, sed tribunal et causæ cognitio requiritur.

(7) Quinquaginta dierum.

(8) Quatuor mensium.

(9) Sensus hujus § est : *Sufficit* Tutorem *intra constitutum tempus* quinquaginta dierum *Excusare se solum* seu adesse ad contestandas tantum Excusationis causas : non autem requiritur ut eas statim probet. *Si enim* quum semel se repræsentaverit ad eas contestandas, *postea desierit* adesse ad eas probandas; non ei nocebit : modo tamen *nolens* et invitus *desierit*; secus si perfunctorie duntaxat adfuerit semel, et postea desinere adesse affectet. *Ideoque si repræsentaverit qui se solum* ad proponendas Excusationis causas : *non permanserit autem postea ut se excuset*; id est per constitutum ad probationem quadrimestre tempus non adfuerit ad eas probandas; *post constitutum* illud *tempus exceptione repelletur.*

hoc dicit constitutio Imperatorum Veri et Antonini. *l.* 13. § 6. Modestin. lib. 4. excusat.

LXXVIII. *Tempus autem sive ad contestandas, sive ad probandas Excusationis causas constitutum, non currit legitime impedito.*

ΕΑΝ ΓΑΡ, *etc.* [id est] Si enim quis propter ægritudinem vel aliam necessitatem (puta maris, vel hyemis, vel incursus latronum, aut aliam quam similem) constituto tempore non poterit venire; ignoscendum ei est, cujus fidem tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali justitia, tamen et Constitutio Imperatorum Veri et Antonini hæc dicit. *d. l.* 13. § 7.

Item dicendum est Si, quum ipse institueret ut proferret Excusationem, mora contradictionis impeditus est quominus Decreto liberaretur; Excusationem recte probari. *l.* 39. Tryphon. lib. 13. disput.

LXXIX. *Observandum superest quod etsi elapso constituto tempore non possit amplius tutor petere ut Excusetur a tutela; saltem potest adhuc petere sibi curatorem adjungi. Hinc Alexander :* Testamento tutor datus, ut a bonis Excusareris quæ pupilli tui in alia provincia quam unde es ubique moraris possident, intra quinquagesimum diem postulare debuisti. Quod si facere cessasti; excusatio quidem, temporis præscriptione summovetur : sed propter late diffusum patrimonium, an tibi adjungi aliquos curatores oporteat, Præses provinciæ si te insufficientem deprehenderit, æstimabit. *l.* 11. *Cod. h. tit.*

§ 3. *De interponendo Decreto quo tutoris curatorisve Excusatio admittatur, isque a tutela vel Cura liberetur.*

LXXX. *Non sufficit alicui causam Excusationis habere, ejusque probationes attulisse; nisi judex Excusationem admiserit, suoque Decreto tutori onus tutelæ remiserit.*

Hinc Severus et Antoninus. Excusationis quidem tuæ si ingenuus libertino tutor datus es, certa causa est. Sed cum te Præses provinciæ audiendum non putaverit, propter præscriptionem (1) quasi tardius adires, nec a Decreto provocaveris, intelligis parendum esse Sententiæ. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

Et quidem etiamsi per injuriam judex non admiserit. Excusationem ; tutor manebit obligatus, nisi provocet.

Hinc Alexander. Sed si quis, in ejus temporis computatione, ab eo cujus de ea re notio fuerit, injuriam passus non provocavit, acquiescere rebus judicatis debet. *l.* 6. *Cod. h. tit.* § *sed si quis.*

Provocatio autem ei proderit, ut, si juste appellasse pronunciatum sit, retro liberetur. Unde Gordianus : Quanquam in tutela detentus, eo quod Excusatio quam objiciebas non est admissa, provocationis auxilium flagitaveris; et in medio tempore hi quorum meministi, in adulta ætate agere cœperint : tamen non eo minus causa interpositæ provocationis, propter periculum administrationis ejus temporis, judiciorum more examinanda est. *l.* 15. *Cod. h. tit.*

LXXXI. *His quæ diximus, Excusationem quantumvis justam non prodesse nisi admissa sit, consequens est quod docet Scævola in specie sequenti.*

Qui testamento tutor datus fuerat, adito Prætore dixit se tres liberos habere. Adjecit præterea, habenti patruum legitimum tutorem, se vitiose tutorem datum. Prætor ita decrevit : Si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria Excusatio. Quæro, cum nemo patruus impuberi tutor esset, an nihilominus tutor remansit? Respondi, Secundum ea quæ proponerentur, quamvis justas Excusationis causas haberet, non tamen esse Excusatum; propter vitium pronunciationis. *l.* 37. Scævola lib. 2. respons.

Item quæro, si acquievisset Sententiæ, an ob id quod non gessit tutelam, Utilis actio in hunc (2) dari debeat? Respondi, Si errore potius, quod se pro jure trium liberorum quod allegabat Excusatum crederet; quam malitia ab administratione cessasset; Utilem actionem non dandam. *d. l.* 37. § 1.

LXXXII. *Vidimus non aliter nisi Decreto judicis Excusationem admittentis, tutelæ remissionem contingere. Jure autem interpositum esse debet illud Decretum, ut hanc remissionem tribuat.*

Hinc rescribunt Philippi. Si (ut proponis) pars diversa ab administratione tutelæ sen Curæ tuæ, itemque fratris tui, ambitione potius quam Juris ratione se Excusavit; periculo injuncti muneris minime liberata est. *l.* 3. *Cod. Si tutor. vel cur. fals. alleg.*

Item Alexander. Si absentibus necessariis personis vel his qui sua sponte vos defendere volebant, non competentibus allegationibus qui vobis tutores aut curatores dati erant, liberati esse a munere jussi sunt : ne eis circumvenisse judicis religionem prosit, Præses provinciæ audiet vos; et si injustum Decretum extorsisse eos apparuerit, exinde ad eos periculum administrationis pertinere pronunciabit ex quo dati sunt. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

Inde est etiam quod non prodest Decretum quo Excusatio admittitur postquam quis administrare cœpisset (ut vid. supra N. 64.*) vel post constitutum tempus.*

Hinc Modestinus : ΟΥΤΩΣ, *etc.* [id est] Ita vero necesse est custodiri constitutum tempus, ut et si Excusatus fuerit dimissus, non liberari eum Divi Verus et Antoninus ostendant in Constitutione; jubentes non detineri eum qui in locum ejus creatus sit, quasi non liceat alium dari in

(1) Id est, actionis exclusionem.

(2) In eum qui non administravit, quum administrare debuisset, duntaxat *Utilis* Tutelæ *actio* datur. Vid. infra *Tit. de Tutel. et rat. distr.* N. 12. cum Nota (6).

locum existentis tutoris. *l.* 13. § 5. Modestin. lib. 4. excusat.

§ 4. *Quibus necessaria non sit eorum quæ in toto hujus Articuli decursu dicta sunt observatio.*

LXXXIII. *Quæcumque tribus superioribus § exposuimus ;* ΤΑΥΤΑ, *etc.* [id est] Hæc de iis qui observare constitutum tempus debent : de iis autem qui non subjecti sunt constitutis temporibus, age scrutemur. *d. l.* 13. § 11.

Nam ΟΙ ΓΑΡ, *etc.* [id est] Qui non juste dati sunt tutores ; hoc est, a quibus non oportet, aut quos non oportet, aut quibus non oportet, aut quo non oportet modo, si neque confirmentur, neque administraverint, sont immunes. Neque opponet quis eis, quod constituta tempora Excusationis non observaverint : neque enim habent Excusationis necessitatem ; ut ostenditur in subjectis Constitutionibus quas exempli gratia subjeci. Adaptantur autem utique omnibus.

« Divi Severus et Antoninus Augusti Narcisso. » Ab avo materno tutor datus necesse non habuisti Excusari, cum ipso Jure non teneris. Si » igitur administrationi te non immiscuisti, potes » esse securus ».

Similiter autem, et si eum qui non suppositus est jurisdictioni creabant Magistratus tutorem vel curatorem ; neque hic necessitatem habet observare constituta tempora : ut puta, quia neque civis neque incola est. *d. l.* 13. § 12.

ΑΚΟΛΟΥΘΟΝ, *etc.* [id est] Consequens autem est credere, quod si aliqua specie Excusationis fuerit quis usus, non aliter audietur quam si observaverit constitutum tempus ; nisi forte alterius alicujus civitatis (1) est civis. *d. l.* 13. § 4.

LXXXIV. *Si tutor inutiliter datus qui citra Excusationem ab administratione cessavit, securus est ; multo magis heres ejus.*

Hinc Paulus respondit, Heredes ejus qui non Jure tutor vel curator datus, administrationi se non immiscuit, dolum et culpam præstare non debere. *l.* 8. *ff. de Fidejuss. et nomin. tut.* Paul. lib. 9. respons.

SECTIO III.

Quid consequatur amittatve tutor cujus Excusatio admissa est.

LXXXV. *De eo ita rescribunt Diocletianus et Maximianus :* Si tutor nominatus Decreto Præsidis, habens Excusationem absolutus es, ad te non pertinere periculum administrationis, manifestum est. *l.* 22. *Cod. h. tit.*

Hujus scilicet administrationis a qua Excusatus es. Cæterum Duobus pupillis tutor datus, etsi alterius tutela se Excusare potest ; cum res separatæ sint, attamen alterius tutor manet. *l.* 25. *ff. de Testam. tut.* Modestin. lib. 4. Pandect.

LXXXVI. *Quid autem amittit tutor Excusando se ?* Quæ tutoribus remunerandæ fidei causa testamento parentis relinquuntur, post Excusationem, ab heredibus extrariis quoque retineri (2) placuit. *l.* 28. § 1. Papin. lib. 5. respons.

Circa hanc pœnam videndum 1.° *Quando huic locus sit*; 2.° *Quos tutores spectet* ; 3.° *Ad quid porrigatur.*

§ 1. *Quando Tutor excusatus amittat ea quæ sibi relicta sunt.*

LXXXVII. *Huic pœnæ locus est, quum tutor se Excusavit.*

Quid autem si se non Excusaverit, sed administrare noluerit, contentus quod cæteri idonei essent? Hic poterit conveniri (3), si ab illis res servari non potuisset. Sed hoc (4) non quærendum est, sed contumacia punienda est ejus qui quodammodo se Excusavit.

Multo magis quis dicere debebit indignum judicio patris, qui ut suspectus remotus est a tutela. *l.* 35. Paul. lib. 23. quæst.

LXXXVIII. Non semper tamen existimo eum qui onus tutelæ recusavit, repellendum a legato ; sed ita demum si legatum ei ideo ascriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum injunxit ; non quod alioquin daturus esset etiam sine tutela. Id apparere potuit ; si posueris testamento legatum ascriptum ; codicillis vero postea factis tutorem datum : in hoc enim legato potest dici (5) non ideo ei relictum, quia et tutorem esse voluerit testator. *l.* 32. ¶ *fin.* Paul. lib. 7. quæstion.

Sed hæc nimium scrupulosa sunt, nec admittenda : nisi evidenter pater expresserit velle se dare, etiamsi tutelam non administravit. Semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam. *l.* 33. Idem. lib. 23. quæst.

Qui igitur onus tutelæ recusat, amittit quod sibi relictum est. Quod non habebit locum in persona filii quem pater impuberi fratri coheredem et tutorem dedit ; cum judicium patris, ut filius, non

(1) Supple ; et a Magistratu municipali datus sit, qui non potest dare tutores nisi homines jurisdictioni suæ subditos. Quod si testamento datus sit tutor homo *alterius civitatis ;* necesse habebit se Excusare : recte enim datus est, supra lib. 26. Tit. *de Testam. Tut.* N. 12.

(2) Ex Legibus Caducariis legato quæ ut indignis auferuntur, fiscus sibi vindicat ; nec apud heredem remanent, maxime si heres sit extraneus, et non ex his heredibus quibus Jus antiquum servatur : Tit. *de His quæ ut indig.* infra lib. 34. Speciale est ut quod ex causa *Tutelæ Excusatæ* aufertur, apud heredem etiam extraneum remaneat.

(3) Ratio dubitandi, ducta ex eo quod maneat obnoxius periculo tutelæ.

(4) Ratio decidendi.

(5) Ratio dubitandi, quam modo confutabit in l. s q. *Sed hæc nimium, etc.*

ut tutor promeruit. *l.* 28. § 1. ¶ *quod non.* Papin. lib. 5. respons.

§ 2. *Quos tutores vel curatores hæc pœna spectet.*

LXXXIX. *Hæc pœna spectat tutores testamentarios; necnon eos qui testamento inutiliter dati, a Magistratu confirmati sunt: ut ex Paulo discimus.*

« Nesennius-Apollinaris (1) Julio-Paulo. Mater » filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus, » extraneum æque pupillum scripsit heredem; et » Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo » tutorem ascripsit. Titius confirmatus Excusavit » se a tutela. Quæro an legatum amittat? Et quid, » si testamento quidem tutor non sit scriptus, » legatum tamen acceperit, datusque a Prætore » tutor excuset se; an æque repellendus sit a » legato? Et an aliquid intersit si a patre, vel » emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi » curator? » Respondi, Qui non jure datus [sit] vel tutor vel curator a patre, confirmatus a Prætore, Excusationis beneficio uti maluit; repellendus est a legato. Idque et Scævolæ nostro placuit. Nam et Prætor qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur judicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit; quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit eum qui recusat id quod testator reliquit, ab eo quod petit (quod idem dedit) repelli debere. *l.* 32. Paul. lib. 7. quæst.

XC. *Cum igitur ex testatoris judicio quæratur ratio propter quam tutor qui se Excusat, id quod sibi ab eodem testatore relictum est amittit;* Ex eis apparet non esse his similem eum quem Prætor tutorem dedit, quum posset uti immunitate. Hic enim nihil contra judicium fecit testatoris. Nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii dicere non possumus. *l.* 34. Paul. lib. 7. quæstion.

§ 3. *Ad quæ porrigatur hæc pœna.*

XCI. *Porrigitur pœna et ad ea legata quæ personis tutoris potestati subjectis relicta sunt.*

Hinc Qui tutelam testamento mandatam Excusationis jure suscipere noluit, ab his quoque legatis summovendus erit quæ filiis ejus relicta sunt: modo si legata filii, non affectione propria, sed in honorem patris meruerunt. *l.* 28. *ff. de Testam. tut.* Papin. lib. 4. respons.

XCII. *Qui autem ei quem tutorem filio suo dabat, legatum dedit, et præterea eum impuberi substituit; videtur legatum duntaxat, non vero hereditatem reliquisse contemplatione tutelæ.*

Sic enim respondit Paulus. Amicissimos quidem et fidelissimos, parentes tutores eligere solere; et ideo ad suscipiendum onus tutelæ, etiam honore legati eos prosequi. Sed cum proponatur is de quo quæritur in testamento legatum meruisse, et idem pupillo substitutus; non est verisimile hunc demum testatorem substituere voluisse, si tutelam suscepisset. Et ideo eum de quo quæritur, a legato quidem (si adhuc viveret pupillus) repellendum fuisse; a substitutione autem non esse summovendum, eum eo casu (2) etiam suscepta tutela finiretur. *l.* 36. Paul. lib. 9. respons.

XCIII. *Item* Legatarius qui rogatus est alii omne legatum restituere, si maluit se Excusare a tutela, legatum propter fideicommissarium consequitur. Cui similis est qui de falso egit, nec obtinuit (3). *l.* 27. Marcian. lib. 5. regul.

SECTIO IV.

De ratione declinandæ tutelæ, nominando potiorem se.

XCIV. *Qui ad tutelam (ut et ad quævis munera publica) Magistratui nominantur, possunt hoc onus declinare nominando potiores se. Quocirca hæc observat Paulus:*

1.° Non recte potiorem videtur nominare, qui causam nominati potioris non expresserit. sentent. *lib.* 2. *Tit.* 29. § 1.

2.° Potior quis esse debet, non solum gradu generis (4), sed et substantia rei familiaris. *d. tit.* § 2.

(1) Nomen ejus qui consulebat Paulum.

(2) Quo pupillus ante pubertatem decessisset qui nimirum casus est substitutionis pupillaris.

(3) Ei qui impugnavit testamentum defuncti, et illud falsum dixit, regulariter aufertur quod ipsi hoc testamento relictum est: Non tamen id aufertur quod ei relictum est ut alii restitueret; cum talis legati emolumentum ipse non consequatur.

(4) Id est, proximitate cognationis; cujus rationem et affectionem curare debet Magistratus in Tutelæ datione.

TITULUS II.

UBI PUPILLUS EDUCARI VEL MORARI DEBEAT, ET DE ALIMENTIS EI PRÆSTANDIS.

Pertinet *quoque hic Titulus ad tractationem de administratione tutelæ. Ad officium enim tutoris interdum spectat ut adeat judicem, qui statuat* Ubi *et apud quem* Pupillus Morari vel Educari debeat. *Maxime autem pertinet ad ejus officium, ut curet a Prætore statui modum* Alimentorum *quæ pupillo sunt exhibenda.*

De hoc utroque tutoris officio, separatis Articulis agemus.

ARTICULUS I.

Ubi Pupillus Morari vel Educari debeat.

I. Solet Prætor frequentissime adiri, ut constituat Ubi filii vel Alantur vel Morentur; non tantum in posthumis, verum omnino in pueris. *l.* 1. Ulp. lib. 34. ad Ed.

Et solet ex persona, ex conditione, et ex tempore, statuere Ubi potius Alendus sit.

Et nonnunquam a voluntate patris recedit Prætor. Denique quum quidam testamento suo cavisset, ut Filius apud substitutum Educetur; Imperator Severus rescripsit, Prætorem æstimare debere præsentibus cæteris propinquis liberorum: id enim agere Prætorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione Alatur partus et Educetur. *d. l.* 1. § 1.

Pariter in provinciis, Si disceptetur Ubi Morari vel Ubi Educari Pupillum oporteat; causa cognita id Præsidem statuere oportebit. *l.* 5. Ulp. lib. 3. de Offic. Procons.

II. *De hac causæ cognitione et officio Magistratus in ea interponenda, simul et de effectu hujus Decreti, ita rescribit Alexander.* Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est. Quando autem inter eam et cognatos et tutores super hoc orta fuerit dubitatio; aditus Præses provinciæ, inspecta personarum qualitate et conjunctione, perpendet Ubi puer Educari debeat. Sin autem æstimaverit apud quem Educari debeat; is necessitatem habebit hoc facere quod Præses jusserit. *l.* 1. *Cod. Ubi pupil. educ.*

Hoc Alexandri Rescriptum nominatim confirmatur Novella XXII. cap. 38.

Cæterum quod hic rescribit Alexander, filium matri quæ vitricum ei induxit non esse committendum, non semper obtinuit apud Romanos : ut colligere est ex Livio qui de quodam P. Æbutio pupillo ita scribit : Pupillus relictus sub tutela matris et vitrici fuerat. *Lib. XXXIX. n.* 9.

De hac item causæ cognitione rescribunt Diocletianus et Maximianus. Utrum nepos tuus ex filia apud te an patruum suum Morari debeat, ex singulorum affectione, et qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior sit, æstimabitur. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

Maxime vero In causæ cognitione evitandi sunt, qui pudicitiæ impuberis possunt insidiari. *sup. d. l.* 5. § *fin.*

III. *Jam quid Juris, si is apud quem Morari Pupillum statuerit Prætor, nolit eum Educare?*

Quamvis autem Prætor recusantem apud se Educari, non polliceatur se coacturum; attamen quæstionis est an debeat etiam invitum cogere? Ut puta libertum, parentem, vel quem alium de affinibus, cognatisve, Et magis est; ut interdum debeat id facere. *sup. d. l.* 1. § 2.

Certe non male dicetur, si legatarius vel heres Educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere; exemplo tutoris testamento dati. Quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum : cæterum si esset relicturus etiamsi Educationem recusaturum sciret (1), non denegabitur ei actio : et ita Divus Severus sæpissime statuit. *d. l.* 1. § 3.

ARTICULUS II.

De Alimentis Pupillo præstandis.

IV. Jus Alimentorum decernendorum pupillis, Prætori competit, ut ipse moderetur quam summam tutores vel curatores ad Alimenta Pupillis vel adolescentibus præstare debeant. *l.* 3. Ulp. lib. 1. de Omnib. tribun.

Tutor ipse ea de causa Prætorem adire solet. Cæterum ipso etiam Pupillo postulante Alimenta decernit Prætor. Sic enim rescribit Antoninus. Pupillus si ei Alimenta a tutore suo non præstantur, Præsidem provinciæ adeat : qui, ne in alimentorum præstatione mora fiat, partibus suis fungetur. Idem est, etsi de statu pupilli seu adulti et de bonis ejus controversia pendeat (2). *l.* 1. *Cod. de Alim. pup. præst.*

V. Modum autem patrimonii spectare debet,

(1) Et hoc vel ex magna necessitudine personarum præsumatur, vel ex quibusvis aliis circumstantiis colligatur.

(2) Pendente enim illa, Alimenta pupillo decernentur.

quum Alimenta decernit : et debet statuere tam moderate ut non universum reditum patrimonii in alimenta decernat, sed semper sic ut aliquid ex reditu supersit. *l.* 3. § 1. Ulp. lib. 1. de Omnib. tribunal.

In amplis tamen patrimoniis positis, non cumulus patrimonii, sed quod exhibitione frugaliter sufficit, modum alimentis dabit. *d. l.* 3. § 3.

Sed si non constat quis modus facultatum sit, inter tutorem et eum qui Alimenta decerni desiderat; suscipere debet cognitionem, nec temere Alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat. Prius tamen exigere debet ut profiteatur tutor quæ sit penes se summa; et comminari graviores ei usuras infligi, ejus quod supra professionem apud eum fuerit comprehensum. *d. l.* 3. § 4.

Item Ante oculos habere debet in decernendo, et mancipia quæ Pupillis deserviunt, et mercedes pupillorum (1), et vestem et tectum Pupilli : ætatem etiam contemplari, in qua constitutus est cui Alimenta decernuntur. *d. l.* 3. § 2.

Item ad instructionem quoque Pupillorum vel adolescentium; Pupillarum vel earum quæ intra vigesimum annum constitutæ sunt, solet decernere respectu facultatium et ætatis eorum qui instituuntur. *d. l.* 3. § 5.

VI. *Observandum, quum testator designavit aliquos quorum arbitrio æstimarentur Alimenta Pupilli; si inique æstimaverint, non standum eorum arbitrio, sed adeundum Prætorem. V. G. in hac specie :* Quantum filio meo diurnum sufficiat, Marina et Januaria æstimabunt. Quæro an contenti esse debeant tutores arbitrio mulierum? Respondi, Sumptum boni viri arbitrio faciendum. *l.* 57. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* Scævola lib. 2. respons.

VII. *Quamvis a Prætore decernenda sint Alimenta; tamen, si decreta non fuerint, non ideo minus tutor ea reputabit si justum modum non excesserint.*

Hoc rescribit Alexander. Quod plerumque postulatur ut arbitrio Prætoris Alimenta pro modo facultatum Pupillis vel juvenibus constituantur; pro officio suo, qui aliena negotia gerunt, ne apud judicem controversiam habeant, faciunt. Cæterum si bonus vir et innocens tutor, arbitrio suo Aluit pupillos (quod interdum etiam necesse est fieri, ne secreta patrimonii et suspectum æs alienum pandatur; quod melius est interim tacere, quam, quum de modo bonorum quæritur, ultro proferri et apud Acta Jus dicentis contra utilitatem pupillorum designari;) : non dubie accepto-ferre debebunt ea quæ vir bonus arbitratur merito ad exhibitionem Educationis, ministeria, studiaque, erogata esse. Nec ferendus est juvenis qui, quum præsens esset, studiisque eruditis atque alitus esset, (si ea per alium (2) se consecutum non probet) sumptus recuset; quasi vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit. *l.* 2. *Cod. de Alim. pupil. præst.*

VIII. *Unum observandum superest.* Sed si egeni sint Pupilli, de suo eos Alere tutor non compellitur. Et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit Pupillus perductus, diminui debent quæ decreta sunt; quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit. *l.* 3. § 6. Ulp. lib. 1. de Omnib. tribunal.

(1) Videtur legendum *præceptorum*.

(2) *Per alium* quam per Tutorem.

TITULUS III.

DE TUTELÆ, ET RATIONIBUS DISTRAHENDIS; ET UTILI CURATIONIS CAUSA ACTIONE.

Postquam *pluribus Titulis ea quæ pertinent ad administrationem Tutelæ et Curæ exposuerunt Pandectarum ordinatores, tandem deveniunt ad actiones quæ ex hac administratione nascuntur.*

Et quidem ex administratione Tutelæ nascuntur actiones Tutelæ Directa et Contraria. *In hoc autem Titulo tractatur duntaxat de* Directa, *quæ pupillo adversus tutorem competit; cui subjungitur et tractatio de alia actione quæ vocatur* De Rationibus distrahendis, *quæ etiam adversus tutorem interdum competit; scilicet quum quid dolo distraxit aut intervertit ex rationibus pupilli. Denique ad similitudinem* Directæ *actionis* Tutelæ, *agitur de* Directa *actione* Utili Negotiorum gestorum Curationis causa, *quæ ex administratione curationis datur adulto adversus Curatorem.*

Quæ pertinent ad Contrariam, *sive* Tutelæ, *sive* Utilem Negotiorum gestorum Curationis causa, *actionem; videb. in Tit. seq.*

SECTIO I.

De actione Tutelæ *Directa.*

Circa hanc actionem quæritur 1.° *Cui et adversus quem competat;* 2.° *Quum plures fuerunt tutores*

quatenus quisque teneatur; 3.° *Quibus exceptionibus subveniatur uni ex pluribus tutoribus in solidum convento;* 4.° *Quando et quandiu hac actione agi possit; et an et tutor pupillo hac actione acturo pecuniam subministrare debeat:* 5.° *Quæ in hac actione veniant præstanda;* 6.° *Denique agemus de privilegio hujus actionis.*

ARTICULUS I.

Cui et adversus quem competat.

I. *Non solum pupillo adversus tutorem; sed* Hanc actionem etiam in heredem tutoris competere constat. *l.* 1. § 16. Ulp. lib. 36. ad Ed.

Sed et heredi pupilli æque competit, similibusque personis. *d. l.* 1. § 17.

II. *Et quidem is* Qui tutor negotia pupilli gessit, quamvis in nulla re auctor pupillo fuerit, quin Tutelæ judicio teneatur dubitari non oportet. Quid enim prohibet ita patrimonium pupilli compositum esse, ut nihil gerere necesse sit in quo tutoris auctoritas interponi debeat? *l.* 18. *ff. de Admin. et peric. tut.* Julian. lib. 21. digest.

III. Si filiusfamilias tutor a Prætore datus sit: si quidem pater Tutelam agnovit, in solidum debet teneri; si non agnovit, duntaxat De peculio (1).

Agnovisse autem videtur; sive gessit, sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit Tutelam. Unde quum quidam filio scripsisset ut diligenter Tutelam gereret, Cum scias (inquit) periculum ad nos pertinere: dixi, Hunc quoque videri agnovisse.

Plane si solum monuit filium, non videtur agnita. *l.* 7. *ff. de Tutelis.* Ulp. lib. 2. disputat.

Denique agnovisse videor; non si simpliciter consentiam ut filius meus tutor sit, sed si consensero ut geram ego aut ille periculo meo gerat.

Inde species sequens. Lucius-Titius Gaium-Seium filiumfamilias testamento filio suo tutorem dedit: Gaius-Seius sciente et consentiente patre tutelam administravit. Quæro, an defuncto Gaio-Seio, actio Tutelæ adversus patrem ejus, et in quantum competat? Marcellus respondit, Secundum ea quæ proposita essent, actione De peculio (2) et De in rem verso patrem teneri. Nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum, ad obligandum eum in solidum: nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum, intercessit, et quasi in se periculum recepit. *l.* 21. *ff. de Admin. et peric. tut.* Marcell. lib. singul. respons.

Quum filio ut Decurioni tutela aliqua injuncta est; puta si lex erat Curiæ ut Decuriones in suam quique vicem tutores crearentur liberis quos aliquis ex ordine relinqueret: pater cujus voluntate Decurio factus est, videtur tacite hanc tutelam agnovisse. Videtur enim consensisse omnibus muneribus quæ Decurionatus essent sequela.

Hinc Severus et Antoninus. Quum filiusfamilias tutor aut curator datur, pater Tutelæ vel Negotiorum gestorum judicio De peculio et De in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate ejus filius Decurio sit creatus, et a Magistratibus tutor constitutus; pater in solidum satisfacere cogitur: cum id onus exemplo cæterorum munerum civilium introductum (3) intelligitur. *l.* 1. *Cod. Quod cum eo qui in alien.*

IV. *Cæterum pater cujus voluntate filius tutor factus est, tenetur ex gestis a filio, eo duntaxat tempore quo in potestate fuit. Hinc* Si filiusfamilias tutelam administraverit, et liberatus patria potestate dolo aliquid fecerit; an actio Tutelæ patrem quoque hoc nomine teneat, quæritur? Et æquum est ut eum duntaxat dolum pater præstet, qui commissus est ante emancipationem filii. *l.* 6. Ulp. lib. 31. ad Ed.

At non solum patrem cujus voluntate tutor factus est, sed et ipsum Filiumfamilias emancipatum (4) si tutelam administret, etiam directo teneri Julianus putat. *l.* 4. § 1. Paul. lib. 8. ad Sabin.

Varie autem tenetur pro eo quod gessit dum in potestate erat, et pro eo quod gessit postquam solutus est. Nam Si filiusfamilias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus; remanere eum tutorem Julianus ait; et quum pupillus adoleverit, agendum cum eo: ejus quidem temporis quod est ante emancipationem, in quantum facere potest (5); ejus vero quod est post emancipationem, in solidum: cum patre vero duntaxat De peculio (6); Manere enim adversus eum etiam post pubertatem, De peculio actionem. *l.* 11. Ulp. lib. 35. ad Edict.

V. *Dictis consonat Papinianus.* Tutorem qui tutelam gerit, Sabinus et Cassius, prout gerit, in singulas res per tempora (7) velut ex pluribus causis obligari putaverunt.

Secundum quam sententiam servus institor dominicæ mercis, vel præpositus debitis exigendis,

(1) Filius autem tenetur ipse, ut infra N. seq.

(2) Annali.

(3) Sensus est: pater hoc ipso quod consensit Decurionatui filii, videtur tacite consensisse omnibus muneribus quæ filio tanquam Decurioni injungerentur; adeoque consensisse huic tutelæ quam tanquam Decurio suscepit. Videtur ergo patris voluntate tutor factus; et ideo tenetur pro eo pater in solidum. Hæc ratio cessat in specie legis 3. § fin. *de Pecul.* et l. 2. § 5. ff *Ad municip.* in quarum legum specie, filius Decurio non fuit tutor, sed pupillo tenetur eo nomine quod a tutoribus ejus satis non exegit.

(4) Sed et dum in potestate manet, tenetur.

(5) Vid. supra lib. 14. Tit. *Quod cum eo qui in alien.* quando et quibus casibus filiusfamilias hoc privilegio gaudeat.

(6) De his scilicet quæ filius ante emancipationem; et quidem ita, si filius non fuit voluntate ejus tutor. Alioquin, ut diximus, tenetur in solidum; non vero duntaxat *de Peculio.*

(7) Id est, habita differentia; ejus scilicet quo fuit filiusfamilias, et ejus quo jam sui juris factus erat.

si liber factus in eodem actu perseverat; quamvis tempore servitutis obligari non potuerit; præteriti temporis nomine, actione Negotiorum gestorum non inutiliter convenietur, earum scilicet rerum quæ connexam rationem cum his quæ postea gesta sunt habuerunt (1). Sic enim et Tutelæ judicium earum quoque rerum causa tenere placuit quæ post pubertatem administrantur, si posterior actus priori cohæreat, neque divisus propriam rationem habet.

Inde descendit quæstio quæ vulgo circa filiumfamilias tractata est; qui tutor testamento datus, post tutelam gestam emancipatus in eodem officio perseveravit: Et secundum Sabini et Cassii sententiam, eveniet ut de eo quidem quod post emancipationem gestum est, in solidum conveniri possit: de præterito autem, sive peculium non sit ademptum sive ademptum sit, in id quod facere possit. Quod si superioris temporis nomine, patrem De peculio pupillus convenire maluerit (annus enim utilis ex quo tutela agi posse cœpit (2) computabitur): ne capiatur pater, inducta (3) totius temporis causa, tempus quo filiusfamilias tutelam gessit, comprehendendum erit. *l.* 37. *pp. et* §§ 1 *et* 2. *ff. de Admin. et per. tut.* Papin. lib. 11. quæst.

ARTICULUS II.

Quum plures fuerunt tutores, quatenus quisque actione Tutelæ *teneatur.*

VI. Nunc tractemus, si plures tutelam pupilli administraverint, pro qua quisque eorum parte conveniendus sit. Ulp. lib. 36. ad Ed.

Tres casus hic distinguendi sunt. Vel enim tutelæ administratio inter illos divisa non fuit; vel contra fuit divisa a testatore aut judice; vel privata duntaxat eorum conventione divisa fuit.

De singulis his casibus ita rescribunt Carinus et Numerianus:

1. Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos facta necdum fuerit; licentiam habet adolescens, et unum eorum eligere, et totum debitum exigere; cessione videlicet ab eo adversus cæteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda.

11. In divisionem autem administratione deducta, sive a Præside, sive testatoris voluntate; unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus: nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt; quum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte pupilli jura prodiderunt. Nec prodest eis dicentibus eum contutorem suum non administrasse res pupillares (4).

111. Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt; non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones quas adversus alios habet ad electum transferat. *l.* 2. *Cod. de Divid. tut.*

VII. *Et quidem in supra dictis casibus primo et tertio*, Heredibus quoque pupillorum electio eadem adversus tutores in quo potissimum consistere velint, competit; quæ ipsis quorum tutela administrata sit. *l.* 33. § 2. *ff. de Admin. et peric. tut.* Callistrat. lib. 4. de cognition.

Quinetiam Ex duobus tutoribus, si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur. *l.* 18. § 1. *d. tit.* Julian. lib. 21. digest.

Sed hæc stricto Jure obtinent. Ex æquitate autem variis exceptionibus subvenitur tutori pro contutore convento; de quibus videbimus Art. seq.

Secundo autem casu; contutores, si quando (ut dictum est) tenentur, in subsidium duntaxat contutoris tenentur.

Usque adeo autem ad contutores non venitur, si (5) sint solvendo contutores; ut prius ad Magistratus qui eos dederunt, vel ad fidejussores veniatur. Et ita Imperator noster Ulpio-Proculo rescripsit. Quod enim Marcellus, libro 8 Digestorum scripsit, quodque sæpissime rescriptum est. Quamdiu vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad Magistratus qui dederunt, veniri; sic erit accipiendum, si non contutor ob hoc (6) conveniatur quod suspectum facere vel satis exigere noluit. *l.* 1. § 15. Ulp. lib. 36. ad Ed.

VIII. *Tutoribus inter quos ab initio a testatore aut judice divisa est tutela, similes sunt hi quorum alter testamentarius, alter in locum testamentarii mortui aut remoti suffectus est a Magistratu: ut videre est in specie sequenti.*

Quum testamento duo tutores dati essent pupillo, et alter ex his vita defunctus fuisset; in locum ejus petente matre, ex Præsidis provinciæ præcepto (7) a Magistratibus alius tutor datus est:

(1) Vid. supra lib. 3. Tit. *de Negot. gest.* in Notis ad N. 27 et 28.

(2) Adeoque demum e die finitæ tutelæ.

(3) *Inducta totius temporis* quo tutela duravit *causa*, erit seperanda causa ejus temporis quo tutor fuit filiusfamilias: *ne* alioquin *capiatur* pater, qui non debet teneri nisi pro eo tempore quo filius tutor in potestate ejus fuit.

(4) Hoc ipso enim tenentur, quod eum propterea quod non administrabat suspectum non fecerunt. Vid. lib. præced. Tit. *de Susp. tut.* N. 16.

(5) Legendum *si non sint*; ut observat Cujacius ad Tit. Cod *de Divid* tut.

(6) *Ob hoc* duntaxat.

(7) *Præceptum* seu jussum *Præsidis* cave confundas cum delegatione. Tutoris datio cum Lege concessa sit, non ex primævo magistratus jure Præsidi competat; non potest delegari. Non igitur ex delegatione Præsidis, sed jure proprio et Lege sibi concesso Magistratus municipales dant tutores: supra Tit. *de Tutor. et Curat. dat.* N. 2. Cæterum hoc jus cum ea limitatione ipsis concessum est ut de ea re necesse haberent consulere Præsidem ejusque jussum expectare.

a quo Magistratus satis exegerunt REM SALVAM FORE. Tutor testamento datus, postea datum suspectum fecit. Quæsitum est, in quantum teneatur? Paulus respondit, Tutorem testamento datum, pro ea parte conveniri oportere pro qua parte administravit: pro contutoris autem portione, prius eos conveniri debere qui pro eo se obligaverunt, vel Magistratus qui eum dederunt; tunc, si solidum pupillus consequi non potuerit, de officio contutoris quærendum an suspectum facere debuerit: præsertim cum suspectum quoque eum postulasse dicatur. Alias quidem quum Magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussati (1) fuerint. In proposito cum unus a Magistratibus datus proponeretur; non est visum prius collegam conveniendum, qui et suspectum fecit, et testamento datus est, perindeque habendos singulos, ac si in partes dimidias tutores dati essent. *l.* 46. § 6. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 9. RESPONS.

IX. *Vidimus quando tutores singuli in solidum, et quando duntaxat prout quisque gessit, teneantur. Observandum superest quod rescribunt* Divi Severus et Antoninus Augusti Sergio-Juliano: Forma (2) qua singuli tutores prout quisque gessit tutelam, nonnunquam in solidum tenentur, duntaxat intra pubertatis tempora locum habet; non etiam si post pubertatem administraverint (3). *l.* 31. *ff. d. tit.* MODESTIN. LIB. 1. EXCUSAT.

ARTICULUS III.

Quibus beneficiis subveniatur uni ex pluribus tutoribus actione Tutelæ *in solidum convento.*

Uni ex pluribus tutoribus in solidum actione Tutelæ *convento, variis exceptionibus succurri solet; scilicet exceptione* Divisionis, *exceptione* Ordinis, *et exceptione* Cedendarum actionum.

§ 1. *De exceptione* Divisionis.

X. Et, si quidem omnes simul gesserunt tutelam, et omnes solvendo sunt; æquissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus, exemplo fidejussorum (4). *l.* 1. § 11. ULP. LIB. 36. AD ED.

Sed etsi non omnes solvendo sunt; inter eos qui solvendo sunt, dividitur actio. Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri. *d. l.* 1. § 12.

Quod Si plures tutelam non administraverint, et omnes solvendo sunt; utrum, quia nullæ partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit? An, ut ejusdem pecuniæ debitores, excipere debebunt periculi societatem? Quod magis ratio suadet. *l.* 38. *ff. de Admin. tut.* PAPIN. LIB. 12. QUÆST.

Si quidam ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio cæteris. Nec inique; cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit. *d. l.* 38. § 1.

XI. *Ex eo quod plures tutores aut curatores, quum omnes solvendo sunt, beneficium* Divisionis *habeant; illud consequitur quod ait Papinianus in specie sequenti.* Curatores adolescentis, mutui periculi gratia, cautionem invicem sibi præbuerunt, et in eam rem pignora dederunt. Cum officio deposito solvendo fuissent; irritam cautionem (5) esse factam, et pignoris vinculum solutum apparuit. *l.* 39. § 5. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAPINIAN. LIB. 5. RESPONS.

Illud pariter consequitur; quod Tutoribus idoneis diem functis, vice mutua periculum ad heredes eorum non redundat; quod non habuit locum, officio tutelæ manente. *d. l.* 39. § 10.

De exceptione Divisionis *plura infra lib.* 46. *Tit.* de Fidejussorib.

§ 2. *De exceptione* Ordinis.

XII. *Exceptio de qua mox egimus, tunc locum habet quum tutores vel omnes gesserunt, vel nullus gessit. Quod si unus gessit, alter non gessit; et is qui non gessit, conveniatur: locus est exceptioni* Ordinis.

Enimvero Licet tutorum conventione mutuum periculum minime finiatur: tamen eum qui administravit, si solvendo sit, primo loco, ejusque successores conveniendos esse non ambigitur (6). *l.* 3. *Cod. de Divid. tut.* DIOCLET. ET MAXIM.

Similiter Papinianus. In eum qui Tutelam gerere noluit, post cæteros qui gesserunt, actionem utilem (7) Tutelæ dari placuit. *d. l.* 39. § 11. *ff. d. Admin. et peric. tut.*

XIII. *Quod dicimus, eum qui non gessit teneri duntaxat in subsidium ejus qui gessit, obtinet circa ea duntaxat quæ gesta sunt.*

Hinc statim addit Papinianus: Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia periit; citra substitutionis ordinem, æqualiter omnium periculum spectat. *d.* § 11.

Similiter Tryphoninus. Item in eo quod nemo

(1) Id est, eorum facultates excussæ.

(2) Id est, Jus quo.

(3) Nam cum desierint esse contutores, alter pro altero teneri non potest; sed tenetur unusquisque prout gessit.

(4) Vid. infra lib. 46. Tit. *de Fidejussorib.*

(5) Cum enim tutor non teneatur nisi pro eo suo contutore qui solvendo non est; quum omnes solvendo sunt, neuter pro altero tenetur: adeoque supervacanea ipsis est hæc cautio.

(6) Adde l. 6. Cod. *Arbitr. tutel.*

(7) Actio *Tutelæ* propria ad exigendam administratæ tutelæ rationem competit. Igitur adversus eum qui non administravit, *Utilis* duntaxat dari potest.

gessit, non utique periculum ejus est qui quædam gessit, sed communiter omnium. Exigi autem ab eo solo periculum, ob alia quæ non gessit, non oportet.

Nisi si qua talia sunt quæ vel consummationem cœptorum ab eo desiderabant, vel ita conjuncta fuerunt ut separari non debuerint. *l.* 55. § 3. *d. tit.* TRYPHON. LIB. 14. DISPUTAT.

XIV. *Satis autem gessisse videtur quis, ut primario conveniri possit; si alteri, sive extraneo, sive contutori expresse vel tacite gerere mandavit.*

Hinc Ulpianus. Quod si quis tutelam mandaverit gerendam, gestaque fuerit ab eo cui mandatum est; locus erit TUTELÆ actioni (1). Videtur enim gessisse qui per alium gessit. *l.* 5. § 3. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Obiter nota: Quod si non accessit is cui mandatum est, Utili actione convenitur (2). *d.* § 3.

Item Tryphoninus. Tres tutores pupillo dati sunt: unus tutelam gessit, et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quædam administravit: tertius nihil omnino gessit. Quæsitum est, quatenus quisque eorum teneatur? Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelæ; et in solidum universi (3) tenentur. *sup. d. l.* 55. *ff. d. tit.*

Non solum ergo gessisse tutelam is creditur qui alii gerendam mandavit; sed et qui satis a contutore accepit REM SALVAM pupillo futuram, eique permisit administrationem totius tutelæ: nec potest se defendere Constitutionibus, quæ jubent ante conveniri eum qui gessit. *d. l.* 55. § 2.

Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa (4) est; non in majorem summam quisque eorum, quam accepit, tenetur. *d. l.* 55. § *plane.*

§ 3. *De exceptione* Cedendarum actionum, *et beneficio Utilis actionis.*

XV. *Per exceptionem* Cedendarum actionum, *unus ex pluribus tutoribus actione* Tutelæ *in solidum conventus, consequitur, ut non aliter solidum solvere teneatur quam si pupillus adultus factus ei suas actiones cedat adversus cæteros tutores: ut jam supra passim vidimus.*

Hæc exceptio locum habet, non solum quum pupillus suas actiones cedere potest, sed et quum fecit quominus eas cedere posset. V. G. Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. Idemque dicemus in duobus Magistratibus collegis, quorum alterum Respublica convenit. Sed hæc in Magistratibus tractavi, quasi duo Rei ejusdem debiti essent omnimodo: quod non ita est. Nam si uterque idoneus est, electio locum non habet (5).

Is autem qui tempore (6) liberatus est, non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfecit: habet enim quod objiciat petitori. *l.* 45. *ff. de Admin. et peric. Tut.* PAUL. LIB. 14. QUÆST.

XVI. *Et Non tantum ante condemnationem, sed etiam post condemnationem desiderare tutor potest, mandari sibi actiones adversus contutorem pro quo condemnatus est. l.* 1. § 18. ULP. LIB. 36. AD ED.

Cæterum Quum pupillus TUTELÆ actione contra tutorem alterum, tutori quem judex in solidum condemnavit, cessit; quamvis postea judicatum (7) fiat, tamen actio data non intercidit: quia pro (8) parte condemnati tutoris, non Tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur. *l.* 21. PAPINIAN. LIB. 1. DEFINIT.

Quod si solutum est antequam mandarentur actiones, amplius non possunt mandari; utpote solutione extinctæ.

Hinc Severus et Antoninus. Si pro contutore judicato pecuniam solvisti, nullum judicium tibi contra pupillum competit ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti, in rem suam (9) procurator datus heredes judicati poteris convenire. *l.* 1. *Cod. de Contrar. judic. Tutel.*

XVII. *Is qui, quum pro contutore solveret, actiones pupilli sibi mandari non curavit; privatur quidem hoc beneficio: verum aliter ei subvenitur.*

Enimvero Etsi forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatæ sunt actiones; constitutum est a

(1) *Directæ* scilicet, qua tenetur is qui gessit. *Videtur enim*, etc.

(2) Vid. supra Notam (3).

(3) Etiam tertius qui nihil gessit; si contutoribus eam gerendam mandavit: videtur enim per eos ipse gessisse. Videtur autem mandasse, ex eo quod satis ab eis exegerit ut gererent; ut mox dicetur.

(4) Puta, a Prætore.

(5) Sed debent habere beneficium *Divisionis*, quod Jure Pandectarum nondum habebant omnes correi.

(6) Recte censet Cujacius hanc vocem (*tempore*) esse expungendam. Hic præoccupatur Objectio: Dicet aliquis: Tutor aut Magistratus ita demum non tenetur pro collega, si is collega sit idoneus: sed videtur ei qui non est idoneus, similis esse is qui liberatus est; ergo tutor aut Magistratus debet teneri pro collega suo, quem pupillus adultus factus liberavit actione qua tenebatur. Respondet Jurisconsultus: Imo non est similis ei qui nihil habet, sed magis ei qui satisfecerit. Et ratio disparitatis est quod possit objici pupillo petitori; Quare eum liberasti? tibi hoc imputare debes: ex hoc tuo facto non debeo prægravari.

(7) Id est, judicatum solvatur.

(8) Id est, quia tutor qui in solidum condemnatus est, videtur *pro* illa *parte* pro qua adversus contutorem ipsi mandantur actiones, non tam solvere quod ex causa tutelæ debet, quam pretium hujus nominis quod ipsi adversus contutorem mandatur.

(9) Forte legendum *in rem tuam.*

Divo Pio et ab Imperatore nostro et Divo patre ejus, Utilem (1) actionem tutori adversus contutorem dandam. *l.* 1. § 13. ULP. LIB. 36. AD ED.

XVIII. *Hoc autem beneficium* Utilis actionis *et beneficium* Cedendarum actionum, *ei demum competit qui non ex propria culpa aut ex dolo communi convenitur.*

Hinc Antoninus. Si non ex propria culpa solus pupillæ condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti; cum ex causa judicati satisfacere cœperis, actiones adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis, vel Utili actione uteris. *l.* 2. *Cod. de Contrar. judic. Tutel.*

Plane si ex dolo communi conventus præstiterit tutor; neque mandandæ sunt actiones, neque Utilis competit : quia proprii delicti pœnam subit. Quæ res iodignum eum fecit, ut a cæteris quid consequatur doli participibus : NEC ENIM ULLA SOCIETAS MALEFICIORUM, VEL COMMUNICATIO JUSTA DAMNI EX MALEFICIO EST. *sup. d. l.* 1. § 14.

Consonat quod ait Papinianus in specie qua per contumaciam plures tutores non administraverunt, et unus convenitur : Unde quærendum est an actiones pupillus ei qui solus conveoitur, in alterum pro parte scilicet præstare debeat? Sed cum propria cujusque contumacia puniatur; qua fronte poterit hoc desiderari? *l.* 38. § 2. *ff. de Admin. et peric. tut.* LIB. 12. QUÆST.

ARTICULUS IV.

Quando actione Tutelæ *agi possit, et quandiu : item, an pecuniam ad movendum hoc judicium tutor debeat pupillo subministrare.*

§ 1. *Quando agi possit.*

XIX. Nisi finita tutela sit, TUTELÆ agi non potest. *l.* 4. PAUL. LIB. 8. AD SABIN.

Igitur Si adhuc impubes TUTELÆ agat, nihil consumitur. *d. l.* 4. § 2.

Pariter Quum plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem actio pupilli nomine datur. *l.* 12. *ff. de Admin. et peric.* PAUL. LIB. 38. AD ED.

Unde Modestinus. Tutores duo post venditionem pupillarium rerum factam, pecuniam inter se diviserant : postquam divisionem alter eorum in exilium datus (2) est durante totela. Quærebatur, an actore constituto, contutor ejus partem pupillaris pecuniæ petere ab eo poterit? Modestinus respondit : Si hoc quæritur an, contutore relegato, contutor ejus Tutelæ actionem exercere possit; non posse, respondit. *l.* 32. § 7. *d. tit.* LIB. 6. RESPONS.

Hinc et Ulpianus respondit, Actus sui rationem totorem contutori reddere non esse compellendum. Sed nisi cum eo administrationem communicet, aut si non ex fide curam gerat; suspectum postulari (3) posse. *l.* 19. *ff. d. tit.* LIB. 1. RESPONS.

Cæterum etiam Si tutori curator sit adjunctus; quamvis suspecto postulato, non cogetur Tutelæ judicium tutor suscipere : quia tutor maneret. *l.* 9. § 5. ULP. LIB. 35. AD ED.

Similiter rescribunt Philippi : Si non suspectum contutorem tuum, postulare, ac removere ab administratione bonorum pupilli curaveris : admitti nequaquam potest ratio desiderii tui, jam nunc postulantis tutelam tibi nomine ejusdem pupilli restitui. *l.* 8. *Cod. de Suspect. tutor.*

XX. *Quemadmodum adversus ipsum tutorem, ita nec adversus illos qui pro eo tenentur, durante tutela, agi potest. Hinc in specie de qua supra N.* 4. *quum filiusfamilias tutor, durante tutela, emancipatus esset, respondit Ulpianus, actionem* DE PECULIO *manere adversus patrem etiam post pubertatem filii :* Neque enim ante annus (4) cedit intra quem De peculio actio detur, quam tutela fuerat finita (5). *l.* 11. ¶ *fin.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non (6) potest ante pubertatem : quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest. *l.* 12. PAUL. LIB. 8. BREVIS EDICTI.

XXI. *Finitam tutelam accipimus, ejus duntaxat cujus nomine agitur. Cæterum* Tutelæ judicium ideo differri non oportet, quod fratris et coheredis impuberis idem tutelam sustineat. *l.* 39. § 17. *ff. de Admin. et peric. tutor.* PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

Igitur Si pupillus heres extiterit ei cujus tutelam tutor suus gesserat; ex hereditaria causa cum tutore suo habebit actionem. *l.* 7. ULPIAN. LIB. 35. AD ED.

XXII. *Sufficit etiam finitam esse tutelam ex parte tutoris, quamvis pupillus nondum sit suæ tutelæ.*

V. G. Si totor Reipublicæ causa abesse cœperit, ac per hoc fuerit excusatus quod Reipublicæ causa aberit; TUTELÆ judicio locus est. Sed si desierit Reipublicæ causa abesse, consequenter desinit qui in locum ejus datus est; et TUTELÆ conveniri poterit. *l.* 9. ULP. LIB. 35. AD ED.

Similiter Si duobus impuberibus fratribus tutor

(1) Deficiebat Directa *Negotiorum gestorum* actio. Nam solidum solvendo, suum negotium gessit, non vero sibi proposuit contutoris negotium gerere. Vid. supra lib. 3. Tit. *de Negot. gest.*

(2) Relegatus : nec petiit eo nomine excusari a tutela; sed actorem constituit qui vice sua administraret.

(3) Postquam autem remotus erit; tunc, utpote jam tutela ejus finita, actione *Tutelæ* conveniatur.

(4) *Annus* utilis intra quem datur actio *de Peculio* adversus patrem, postquam filius exiit potestate : de qua re vid. supra lib. 15. Tit. *de Pecul.* Sect. 3. art. 1. § 2.

(5) Annus enim ille, cum sit utilis, non potest currere quandiu agi non potuit.

(6) Id est, *Filius tutor* non potest, durante tutela, nomine pupilli agere adversus patrem suum; qui tenetur de eo quod ipse male gessit.

datus sit (1), et alter eorum in legitimam Tutelam fratris sui perfectæ ætatis constituti recidit; eum qui datus esset, tutorem esse desiisse Neratius ait. Quia igitur desinit, erit TUTELÆ actio etiam ex persona impuberis; quamvis, si testamento datus fuisset, non desineret esse tutor ejus qui adhuc erat impubes: quia SEMPER LEGITIMA TUTELA TESTAMENTARIÆ CEDIT. *d. l.* 9. § 1.

Item Si testamento sub conditione tutor datus sit, deinde alius medio tempore ex inquisitione; dicendum est locum esse TUTELÆ judicio, existente conditione: quia tutor esse desinit (2). *d. l.* 9. § 2.

Sed et si quis testamento usque ad tempus fuerit datus, idem erit dicendum. *d. l.* 9. § 3.

Sed etsi fuerit tutor confiscatus; adversus fiscum quodam esse actionem constat ei qui loco ejus curator datus sit, vel contutoribus ejus. *d. l.* 9. § 6.

XXIII. *Et quidem, modo quis desierit esse tutor quamvis speretur adhuc fore tutor, poterit conveniri.*

Hinc Si tutor in hostium potestatem pervenerit: quia finita tutela intelligitur, fidejussores qui pro eo REM salvam fore spoponderint (etsi quis existat defensor ejus qui paratus est suscipere judicium Tutelæ, vel si quis sit curator bonis ejus constitutus) recte conveniuntur (*l.* 7. § 1. ULP. LIB. 35. AD ED.): Quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit integrare. *l.* 8. PAPIN. LIB. 28. QUÆST.

Quinetiam et postquam denuo quis extiterit tutor, recte ex priori gestu conveniri poterit.

Et generaliter; Quod traditum est, pupillum cum tutore suo agere TUTELÆ non posse, hactenus verum est si eadem tutela sit. Absurdum enim erat a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci in qua adhuc perseverat. In qua autem desinit tutor, et iterum cœpit esse; sic ex pristina administratione tutelæ debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset. Quam igitur effectum hæc sententia habeat, videamus? Nam si solus tutor est, utique ipse secum non aget; sed vel per specialem curatorem conveniendus est; vel pone eum contutorem habere qui possit adversus eum judicem accipere ex qua causa cum eo TUTELÆ agi potest. Quinimmo si medio tempore solvendo esse desierit; imputabitur contutoribus cur non egerunt cum eo. *l.* 9. § 4. ULP. LIB. 25. AD ED.

XXIV. *Vidimus actionem* Tutelæ, *durante tutela, adversus tutorem non competere. At vero* Cæteræ actiones, præter TUTELÆ, adversus tutorem competunt etsi adhuc tutelam administrat; veluti Furti, Damni injuriæ, Condictio. *d. l.* 9. § 7.

Sed non dantur (3) pupillo, dum tutor tutelam gerit. Quamvis enim morte tutoris intereant; tamen pupillus cum herede ejus actionem (4) habet, quia sibi solvere debuit. *l.* 10. PAUL. LIB. 8. BREVIS EDICTI.

§ 2. *Quandiu actio* Tutelæ *duret.*

XXV. *Hac de re ita Diocletianus et Maximianus.* Tutores TUTELÆ conveniri, longi temporis præscriptio (5) non prohibet. Unde si his transactione vel novatione aut acceptilatione liberationem non præstitisti; apud Rectorem provinciæ, quæcumque tibi debentur, repetere non prohiberis. *l.* 8. *Cod. Arbitr. tutel.*

§ 3. *An ad judicium* Tutelæ *movendum pecuniam tutor pupillo debeat subministrare.*

XXVI. Imperatores Severus et Antoninus rescripserunt in hæc verba « CUM hoc ipsum quæratur, an aliquid tibi a tutoribus vel curatoribus » debeatur; non habet rationem postulatio tua » volentis, in sumptum litis ab his tibi pecuniam » subministrari ». *l.* 17. ULP. LIB. 3. DE OFFIC. CONSULIS.

ARTICULUS V.

Quid veniat in actione Tutelæ *præstandum.*

Venit in actione Tutelæ *ut tutor reddat rationem administrationis suæ. Huic autem rationi reddendæ prævium est, inventarium ac libros Rationum exhibere. Hinc videbimus* 1.° *De inventario ac libris Rationum exhibendis;* 2.° *Cujus temporis administratio in hoc judicio veniat discutienda;* 3.° *Quarum rerum ratio reddi debeat;* 4.° *Quam culpam tutor præstet;* 5.° *De usuris quæ in hoc judicio veniunt;* 6.° *De solutione summæ cujus tutor ex redditis rationibus reliquator fuerit.*

§ 1. *De inventario et libris Rationum exhibendis.*

XXVII. Officio tutoris incumbit etiam rationes actus sui conficere, et pupillo reddere. Cæterum si non fecit, aut si factos non exhibet, hoc nomine judicio Tutelæ tenebitur. *l.* 1. § 3. ULP. LIB. 36. AD ED.

Imo si non exhibeat; hoc casu De servis quoque interrogationes sed et quæstiones habendas, et hoc officio judicis convenire placuit. Nam Divus Severus decrevit, quum neque inventaria, neque auctionalia proferentur, remedio eo uti debere,

(1) A Magistratu.

(2) Is qui a Magistratu interim datus erat.

(3) Competunt quidem, durante tutela, adversus tutorem; sed non *dantur*, quatenus scilicet exercitium earum spectamus. Maxime quum unicus tutor est, qui secum agere non potest. Cæterum quod non moveantur, nihil ea res nocebit pupillo. *Quamvis enim, etc.*

(4) Pupillus actione *Tutelæ* ab herede tutoris consequetur, quantum ex causa harum actionum quæ adversus tutorem competebant, tutor sibi solvere debuit. Nam tutor debuit a se exigere.

(5) Hæc actio, sicut et cæteræ actiones in personam, Jure Pandectarum perpetuo durabant. Jure novo excluduntur præscriptione triginta annorum quam Constitutio Theodosii introduxit; quæ præscriptio dicitur *longissimi temporis.*

ut rationes a servis qui rem gesserant, proferantur. Has rationes si esse mala fide conscriptas a servis dicunt tutores, etiam in quæstionem servi interrogari poterunt. *d.* § 3.

XXVIII. *Item hoc casu adversus tutorem defertur jusjurandum in litem ei, qui rationem Tutelæ reposcit.*

Quod si juraverit, et tutor in eam summam de qua juravit condemnatus est; nihil ex ea summa quandiu Minor est, remittere potest. Sic enim rescribit Antoninus. Summa Sententia comprehensa quam cessantibus curatoribus quondam tuis judex (secutus jurisjurandi a te prolati religionem) in condemnationem deduxit, minui pacto non potuit (1). *l.* 3. *Cod. de In lit. jurand.*

§ 2. *Cujus temporis administratio in hoc judicio veniat.*

XXIX. *Venit in hoc judicio ratio reddenda ejus quod tutor, eo tempore quo duravit tutela, gessit aut gerere debuit.*

Sed Tutor post puberem ætatem puellæ si in administratione connexa perseveraverit, Tutelæ actione totius temporis rationem præstare cogitur. Sin autem post finitam administrationem in iisdem rebus minime se immiscuerit; temporis quod insequitur, periculum ad eum non pertinet. *l.* 11. *Cod. Arbitr. tutel.*

Ea autem demum quæ in tutela gestis connexa fuerunt, venient. Hinc Ulpianus : Si tutor post pubertatem pupilli negotia administraverit, in judicium Tutelæ veniet id tantum sine quo administratio Tutelæ expediri non potest. Si vero post pubertatem pupilli is qui tutor ejus fuerat, fundos ejus vendiderit; mancipia et prædia comparaverit: neque venditionis hujus neque emptionis ratio judicio Tutelæ continebitur. Et est verum ea quæ connexa sunt, venire in Tutelæ actionem. *l.* 13. Ulp. lib. 35. ad Ed.

XXX. *Nota :* Sed et illud est verum, si cœperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi judicium Tutelæ in Negotiorum gestorum actionem. Oportuit enim eum a semetipso Tutelam exigere. Sed et si quis, quum tutelam administrasset, idem curator adolescenti fuerit datus, dicendum est Negotiorum (2) gestorum eum conveniri (3) posse. *d. l.* 13. ¶ *sed et illud.*

Consonat Gaius. Si post pubertatem tempore aliquo licet brevissimo intermiserit administrationem tutor, deinde cœperit gerere; sine ulla dubitatione, tam Tutelæ, quam Negotiorum gestorum judicio cum eo agendum (4) est. *l.* 14. lib. 12. ad Ed. provinc.

§ 3. *Quarum rerum ratio reddi hoc judicio debet.*

XXXI. *Tutor hoc judicio rationem reddere debet patrimonii pupillaris : et quidem quale in veritate fuit, non quale illud falso testator esse dixit.*

Hinc Antoninus. Cum Tutelæ administratæ ratio a te peti cœperit; neque veritati neque justis probationibus officit, quod (ut dicis) testator modum patrimonii sui verbis testamenti ampliavit vel minuit. *l.* 1. *Cod. Arbitr. tutel.*

De hoc etiam Juris articulo ita constituit Justinianus. Veteris Juris dubitationem decidentes sancimus : Si quidem tutor vel curator pro substantia pupilli vel adulti aliquid ubicumque dixerit, ad majorem quantitatem eam reduceos; sive pro utilitate pupilli vel adulti, sive per suam simplicitatem, sive per aliam quamcumque causam; nihil veritati præjudicare : sed hoc obtinere quod ipsius rei inducit natura, et mensura pupillaris vel adulti ostendit substantiæ. Sin autem inventario publice facto res pupillares vel adulti inscripserit, et ipse per hujusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiæ, non esse aliud inspiciendum nisi hoc quod inscripserit, et secundum vires ejusdem scripturæ patrimonium pupilli vel adulti exigi. Neque enim sic homo simplex (imo magis, stultus) invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiatur. *l.* 13. *Cod. Arbitr. tutel.*

XXXII. *Rerum autem earum tam quæ extabant quum tutela delata est, quam quæ postea ad tutorem pervenerunt, rationem reddere debet; imo et earum quæ pervenire debuerunt.*

Hinc Modestinus respondit, Tutorem eorum redituum nomine rationem pupillæ reddere debere, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. *l.* 32. § 2. *ff. de Admin. et peric. tutor.* Modestin. lib. 6. respons.

Hic autem obiter notandum est quod Item respondit, Si minus a servo (5) tutor percepit quam bona fide ex fundo percipi potuit; ex eo de quo pupillæ sit obstrictus, quantum ex peculio servi servari possit, eidem tutori proficere debere (6) : scilicet si non perdituro servo administrationem credidit (7). *d. l.* 32. § 2.

XXXIII. *Pariter tenebitur tutor ejus pecuniæ nomine quam a debitoribus pupilli exigere debuit.*

Hinc Tutor qui tutoris idoneum heredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius substituitur; ut is, qui non idoneum tutelæ tempore

(1) Minores quippe non possunt donare.

(2) *Utili :* de qua infra Sect. 3.

(3) Etiam eorum nomine quæ actione *Tutelæ* debebat, quia hæc a se debuit exigere.

(4) Scilicet *Tutelæ* pro eo quod tempore tutelæ gestum aut gerendum fuit; *Negotiorum gestorum*, pro utroque tempore.

(5) Cui fundi pupillaris administrationem commiserat.

(6) Nam tutor qui eo nomine tenetur erga pupillum, habet regressum adversus servum cujus nomine pupillus ejus servi dominus *De peculio* obligatur.

(7) Hoc enim casu tenebitur et eo nomine tutor quod peculium hujus servi minuerit, credendo administrationem perdituro.

suspectum facere supersedit. *l.* 39. § 16. *ff. de tit.* PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

Imo etiamsi Minor major factus hunc debitorem qui non solvendo factus est, convenerit; non ideo liberatur tutor curatorve qui ab eo debitore exigere prætermisit.

Hinc Adolescens totoribus conventis a quibus totum servari non potuit, adversus curatores qui Tutelam ad se negligentia non transtulerunt (1), integram actionem retinet. Neque enim Tutelæ judicio consumptum videtur (2), quod alterius officii querelam habuit. *d. l.* 39. § 15.

Tutor curatorve qui a debitore Minoris non exegit, nec etiam ex eo liberatur quod Minor major factus hunc debitorem fecerit suum procuratorem: ut in specie sequenti.

Lucius-Titius curator Gaii-Seii, tempore Curæ fundum Cornelianum locavit Sempronio: qui Sempronius reliqua traxit. Pupillus ætate probata eumdem quondam colonum Semproniam fecit procuratorem. Quæro an ex eo quod ille ut procurator egit, omne debitum a dolescens agnovisse videatur; eoque nomine curatorem suum liberasset? Paulus respondit, Non ex eo quod adultus eum qui prædia ejus coluit procuratorem habere voluit, debitum quod ex conductione reliquatus est, agnovisse eum videri. *l.* 46. *d. tit.* PAUL. LIB. 9. RESP.

XXXIV. *Non id solum quod ab aliis, sed et quod a se non exegerit tutor, in hac actione venit.*

Hinc Debitor patris, qui tutelam administravit filii, Tutelæ judicio tenebitur etiam ob id quod patri (3) debuit. *l.* 5. § 4. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULPIAN. LIB. 35. AD ED.

Item si temporali actione fuit obligatus tutor, dicendum est locum esse Tutelæ judicio, ut perpetua actio (4) sit. *l.* 9. § 2. *ff. d. tit.* IDEM. LIB. 36.

Sed et, si perpetua actione tutor fuit obligatus, eliget pupillus utrum veteri an potius Tutelæ *actione hoc quod debuit persequatur.*

Unde V. G. Si tutor rem sibi depositam a patre pupilli vel commodatam non reddat; non tantum Commodati vel Depositi, verum TUTELÆ quoque tenetur. Et si acceperit pecuniam, ut reddat; plerisque placuit eam pecuniam vel Depositi, vel Commodati actione repeti, vel condici (5) posse: quod habet rationem, quia turpiter accepta sit. *l.* 5. ULP. LIB. 43. AD SABIN.

Si paterfamilias eum pro quo fidejussit tutorem dederit filio suo; officio tutoris convenit ut, quum dies pecuniæ præterierit, creditori debitum solvat. Et ideo cessante eo, si pupillus suæ tutelæ factus solverit ex causa fidejussoria, non solum Mandati, sed etiam TUTELÆ agere poterit. Hoc enim ei imputatur cur pro se non solverit. Quod si in diem debitor fuit iste tutor; quibusdam videtur non venire in Tutelæ judicium, si modo is dies post tutelam finitam supervenit: quod si dies adhuc durante tutela venit, putant omnimodo devolvi in Tutelæ judicium. Ego et hoc et superius ita verum puto, si facultatibus labi tutor cœpit: cæterum si idoneus tutor fuit, nihil venire in Tutelæ judicio (6). Nec quisquam putet, nullum effectum hoc habere. Namque si quis dixerit, in Tutelæ judicium devolvi: et privilegio (7) locus est; et fidejussores tenebuntur, si REM salvam fore cautum est. *l.* 9. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 36. AD ED.

Et generaliter quod adversus alium præstare debet pupillo suo, id adversus se quoque præstare debet: fortassis et plus; adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus (8) se potuit. *d. l.* 9. § 3.

XXXV. *Vidimus præstandum venire in hoc judicio, quantum tutor ex tutela consecutus est aut consequi debuit.*

Quod si ex hac pecunia res aliquas sibi comparavit tutor; potest pupillus actione Tutelæ *eas petere, nisi malit pecuniam cum legitimis usuris reposcere.*

Hoc rescribit Antoninus. Si curator post Decretum Præsidis sublata pecunia quæ ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi prædium comparavit; elige utrum malis in emptione negotium tibi eum gessisse, an (quia in usus suos pecuniæ conversæ sunt) legitimas usuras ab eo accipere. Secundum quæ judex Tutelæ judicio redditus partem religionis implebit. *l.* 3. *Cod. Arbitr. tut.*

Hoc ita demum obtinet, si constet res esse ex pecunia pupillari emptas. Alioquin (inquiunt Diocletianus et Maximianus) Et Si defunctus tutelam vestram administravit, non rerum ejus dominium vindicare vel tenere potes; sed Tutelæ contra ejus

(1) Id est, negligentes fuerunt in exigendis rationibus tutelæ a quondam tutoribus adolescentis qui forte tunc erant solvendo.

(2) *Tutelæ* judicium quo adversus tutores suos egit, non consumit actionem quam adversus curatorem suum habet.

(3) Cujus filius heres est.

(4) Tenetur enim eo nomine, quod a se non exegerit eo tempore qui nondum erat tempore liberatus.

(5) *Condictione ob turpem causam.*

(6) Ratio est, quia fidejussor antequam ipse solverit, non potest exigere actione *Mandati* a reo principali quod creditori debetur, etiamsi dies venerit: ut videb. infra lib. 46 Tit. *de Fidejussorib.* Non potest igitur imputari tutori quod, quasi tutor pupilli fidejussoris, a se reo principali non exegerit id quod nondum exigi poterat actione *Mandati* Hoc ita, nisi tutor facultatibus labi cœperit. Nam ex quo reus principalis facultatibus labi cœpit, potest a fidejussore (etiam antequam fidejussor solverit) conveniri, ut videb. d. tit. *de Fidejussorib.* Ergo tutori imputari hoc casu potest, quod a se non exegerit; si quidem ab eo exigi poterat.

(7) De quo infra Art. fin.

(8) Hinc colligit Bartolus tutorem debere a se exigere quod naturaliter dumtaxat debet pupillo.

successores tibi competit actio. *l.* 10. *Cod. Arbitr. tut.*

Non ex eo autem solo præsumetur res quas tutor habet ex pecunia pupilli fuisse comparatas, quod tutor quum gerere cœpit nulla bona habuerit.

Hinc statim subjiciunt dicti Imperatores : Debitum autem aliis indiciis comprobari oportet. Nam quod neque ipse neque uxor ejus quidquam ante administrationem habuerunt, non idoneum hujus continet indicium. Nec enim pauperibus industria vel augmentum patrimonii, quod laboribus et multis casibus quæritur, interdicendum est. *d. l.* 10. *Cod.*

XXXVI. *Et hæc quidem de casu quo tutor ex pecunia pupilli res suo nomine comparavit.*

Quod si tutor ex pecunia pupillari negotiatus fuerit, non pupilli, sed suo nomine : quamvis lucrum ex tali negotiatione quæsivisse eum constet; pupillus non illud lucrum, sed duntaxat pecuniam suam cum maximis usuris petet.

Ita docet Scævola. Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio; patruus tutor, venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit. Quæsitum est utrum compendium negotii, an usuras pecuniæ præstare debeat? Respondi, secundum ea quæ proponuntur, pupillo usuram, non compendium, præstandam. *l.* 47. § 6. *ff. de Admin. et peric. tut.* LIB. 2. RESPONS.

Obiter nota, in specie sequenti negotiationem pupilli nomine videri factam. Hanc ita refert idem Scævola. Qui negotiationem per Pamphilum et Diphilum prius servos postea libertos exercebat, suo testamento eos tutores reliquit; et cavit, ut negotium eodem more exerceretur, quo se vivo exercebatur. Hique tutelam administraverunt, non tantum quum impubes patroni filius fuisset, sed etiam post pubertatem ejus. Sed Diphilus quidem cum incremento negotiationis rationes obtulit; Pamphilus autem putavit reddere oportere, non ad incrementum negotiationis, sed ad computationem usurarum; ut in Tutelæ judicio solet. Quæsitum est an secundum voluntatem defuncti exemplo Diphili Pamphilus quoque rationem reddere debeat? Respondit, debere. Claudius Tryphoninus (1) : Quia lucrum facere ex tutela non debet. *l.* 58. *d. tit.* SCÆVOLA LIB. 11. DIGEST.

§ 4. *Quam culpam tutores et curatores præstent.*

XXXVII. A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet. *l.* 33. *ff. de Admin. et peric. tut.* CALLISTR. LIB. 4. DE COGNITION.

Igitur Quidquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi, seu curatoris, Minores amiserint vel (quum possent) non acquisierint; hoc in Tutelæ, seu Negotiorum gestorum Utile judicium venire non est incerti Juris. *l.* 7. *Cod. Arbitr. tut.* DIOCLET. ET MAXIM.

Et quidem etiam in specie sequenti præstatur dolus et culpa. Julianus libro 21 Digestorum hujusmodi speciem proponit. Quidam decedens filiis suis dederat tutores; et adjecerat, EOSQUE ANECLOGISTOS (2) ESSE VOLO. Et ait Julianus, Tutores, nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere : quamvis testamento comprehensum sit, ut anecloglsti essent. Nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Julianus : et est vera ista sententia. Nemo enim Jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Damnum vero quodcumque ex tutela quis senserit (3), et legari et per fideicommissum ei relinqui (4) potest. *l.* 5. § 7. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 35. AD ED.

XXXVIII. *Dolus et culpa de quibus tutor tenetur, æstimatur tam in admittendo quam in omittendo. Nam* In omnibus quæ fecit tutor quum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio; præstando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam. *l.* 1. ULP. LIB. 36. AD ED.

Et Generaliter : Quotiescumque non fit nomine pupilli quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi. Sive igitur solutionem, sive judicium, sive stipulationem (5) detrectat, defendi non videtur. *l.* 10. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 49. AD ED.

Jam exempla culpæ afferenda sunt.

Primum Exemplum.

Si tutor pupillo auctor fuit ei rei quæ pupillo non expediebat.

XXXIX. Unde quæritur apud Julianum lib. 21 Digestorum, Si tutor pupillo auctoritatem ad mortis causa donationem accommodaverit; an Tutelæ judicio teneatur? Et ait, Teneri eum. Nam sicuti testamenti factio (inquit) pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendæ sunt. *l.* 1. § 1. ULP. LIB. 36. AD ED.

Sed etsi non mortis causa donaverit tutore auctore; idem Julianus scripsit plerosque quidem putare, non valere donationem. Et plerumque ita est.

Sed nonnullos casus posse existere quibus sine

(1) Hæc est Nota Tryphonini ad Scævolam.

(2) Id est, rationibus reddendis non obnoxios (*non Comptables*).

(3) Non tamen ex suo dolo.

(4) Non est novum in Jure, ut quod directe non licet, indirecte liceat.

(5) Puta, si negligat pro ædibus pupilli, cautionem *Damni infecti* interponere.

reprehensione tutor auctor sit pupillo ad diminuendum; Decreto scilicet interveniente. Veluti si matri aut sorori quæ aliter se tueri non possunt, tutor alimenta præstiterit. Nam cum bonæ fidei judicium sit; nemo feret (inquit) aut pupillum aut substitutum ejus querentes quod tam conjunctæ personæ alitæ sunt. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi TUTELÆ, si tale officium prætermiserit (1). *d. l.* 1. § 2.

Secundum Exemplum.

Ab eo qui Sententia Præsidis bonis ademptis relegatus erat (cum ex permissu Principis appellatio ejus recepta sit, quam is qui pronunciaverat non receperat) fundum emerat pupillus intervenientibus tutoribus; et appellatione injusta pronunciata, fundus ei ablatus est. Quæsitum est an Tutelæ judicio pretium fundi pupillus consequi a tutoribus possit? Respondit, Si scientes emerunt ab eo qui in ea causa esset ut obnoxius Sententiæ priori esset, Tutelæ judicio eos teneri. *l.* 57. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* SCÆVOLA LIB. 10. DIGEST.

Tertium Exemplum.

Si tutoris vel curatoris culpa vel dolo, eo quod vectigal prædio emphyteutico impositum minime dependere voluissent, Minoris prædium fuerit amissum; damnum quod ei contigit, ex substantia eorum resarciri necesse est. *l.* 23. *Cod. de Admin. tut.* CONSTANTIN.

Quartum Exemplum.

XL. *Frequentissimum illud culpæ tutoris exemplum est; si tutor pecuniam pupillarem male collocavit, in prædiorum comparatione aut nominibus non idoneis.*

Et quidem Competet adversus tutores Tutelæ actio, si male contraxerint; hoc est si prædia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam.

Quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? Recte quis dixerit, solam latam negligentiam eos præstare in hac parte debere. *l.* 7. § 2. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Quod si minus idonea nomina tutor fecit: non tenetur pupillus agnoscere nomina; sed tutor in pecuniam quam male collocavit, et in hujus usuras condemnatur.

Si vero aliquam pecuniam bene, aliquam male collocavit; ea de re ita Paulus. Quum quæritur judicio Tutelæ, quæ nomina a tutore facta agnoscere pupillus debeat; Marcellus putabat, si tutor pecuniam pupilli mutuam dedisset, et suo nomine stipulatus esset, posse dici nomina integra pupillo salva esse, deperdita et male contracta ad tutorem pertinere. Sed verius se putare, posse tutorem eam conditionem adolescenti deferre, ut id quod gessisset tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnosceret, aut a toto recederet: ita ut perinde esset ac si tutor sibi negotium gessisset. Idem et si pupilli nomine credidisset. *l.* 16. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 6. AD SABIN.

XLI. *Culpæ ejus qui pecuniam pupilli sui male collocavit, non dissimilis est culpa posterioris tutoris, aut curatoris qui malum nomen a priori tutore factum probavit.*

Et quidem hoc casu, prioris tutoris culpa purgatur. Constat enim, Si probatum est nomen debitoris a novissimo curatore, frustra tutorem de eo conveniri. *l.* 19. ULP. LIB. 1. RESPONS.

Ipsi vero Qui nominibus a curatoribus prioribus susceptis, sive tutoribus, nomina agnoverunt; periculum in se transferunt. *l.* 44. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 13. QUÆST.

Quod si posterior tutor aut curator hoc nomen non agnovit; non ipsius, sed prioris tutoris qui illud fecit erit periculo.

Hinc Papinianus: Tutor sive curator nomina quæ juste putat non esse idonea, a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur; non tamen exactionem (2) periculo suo facere. *l.* 35. *d. tit.* LIB. 2 QUÆST.

De eo autem teneri potest quod, dum cessat exigere, nomen factum sit deterius.

Hoc autem casu; Negligentiæ tutorum periculo nominum quæ pater usuris majoribus fecit, ascripto (3): pupilla quidem actionum Kalendarii præstare cogitur; exactas autem usuras tutelæ tempore, citra ullam compensationem retinet. *l.* 39. § 14. *d. tit.* PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

XLII. *Observandum superest; tutoribus nullam culpam imputari hac actione circa nomina quæ fecerunt aut probaverunt aut non exegerunt, quum finita tutela debitores sunt solvendo.*

Igitur Quum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur. *l.* 43. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 7. QUÆST.

Hinc in specie sequenti: Lucius-Titius mutuam pecuniam a tutore accepit, et rem hereditariam pignori ei dedit. Post triennium, jam puberibus his quorum tutela administrata est, fisco bona defuncti adjudicata sunt; quia mortem ejus heres (4) non est ultus. Quæritur, ad id nomen pupillus recusare possit? Respondi, Secundum ea quæ proponuntur, id nomen ad onus tutorum non pertinere (5). *l.* 47. § 5. *d. tit.* SCÆVOLA LIB. 2. RESPONS.

(1) Vid. lib. præced. Tit. *de Admin. et peric. tut.* N. 39.

(2) Id est, convenire quidem eos debet: verum si novus hic tutor, postquam eos convenerit, nihil ab eis possit exigere; hæc res non erit ejus periculo.

(3) Adeoque his tutoribus condemnatis in eam quantitatem quæ ab illis debitoribus, quorum nomina reprobantur, debetur.

(4) Scilicet ille L. Titius; et sic factum est ut desierit esse solvendo.

(5) Quia nimirum jam finita tutela desiit Titius esse solvendo.

Hoc obtinet, etiamsi tutor finita tutela per errorem administrare cœperit.

Ita enim Papinianus. Tutores qui post finem tutelæ, per errorem officii durantes, rerum administrationem retinuerunt; nominum paternorum periculum, quæ post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, præstare cogendi non erunt; cum actionem inferre non potuerunt (1). *l.* 39. *d. tit.* Papin. lib. 5. respons.

XLIII. *Hactenus de culpa quæ tutori objicitur circa nomina debitorum qui non sunt solvendo.*

Quid si solvendo quidem sint; sed V. G. Chirographis debitorum incendio exustis, quum ex inventario (2) tutores convenire eos possint ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam cogere, cum idem circa proprios [a] debitores propter eumdem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum: an si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio Tutelæ consequantur? Respondit, Si approbatum fuerit eos tutores hoc per dolum vel culpam prætermisisse, præstari ab his hoc debere. *l.* 57. *ff. de Admin. et peric. tut.* Scævola lib. 10. digest.

XLIV. *Vidimus tutorem teneri hoc judicio resarcire dammum quod ipsius culpa passus est pupillus.*

Ubi autem nulla culpa tutoris argui potest, non tenetur tutor. Hinc. 1°. Modestinus respondit, Damnum, si quod datum accidit eo quia cautiones soluti vectigalis iuventæ non sont, ad tutorem cujus nulla culpa admissa proponitur, minime pertinere. *l.* 32. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* Modestin. lib. 6. respons.

Hinc 2°. Tutor qui per valetudinem vel absentiam vel aliam justam causam auctor fieri non (3) potuit, non tenetur. *l.* 10. *ff. de Auctorit. et consensu tut.* Paul. lib. 24. ad Ed.

Hinc 3°. Si res pupillaris incursu latronum pereat; vel argentarius cui tutor pecuniam dedit cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit; nihil eo nomine tutor præstare cogitur. *l.* 50. *ff. de Admin. et peric. tut.* Hermogen. lib. 2. Juris epitomar.

Et generaliter, Tutoribus vel curatoribus fortuitos casus adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere sæpe rescriptum est. *l.* 4. *Cod. de Peric. tut.* Philippi.

§ 5. *De usuris quæ in hoc judicio veniunt.*

XLV. *Usuræ pecuniæ pupillaris in hoc judicio veniunt.*

Quæ sunt autem pupillares (4) usuræ, videndum est. Et apparet hanc esse formam usurarum; ut ejus quidem pecuniæ quam quis in usus suos convertit, legitimam (5) usuram præstet. Sed et si negavit apud se esse pecuniam, et Prætor pronunciavit contra eum, legitimas solvere debebit: vel si moram depositioni fecit, et Prætor ei irrogavit legitimas.

Sed et si, dum negat aliquam quantitatem penes se esse, pupillis ad onera sua expedienda imposuit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi; tenebitur in legitimis: item si a debitoribus legitimas exegit. Ex cæteris causis, secundum morem provinciæ præstabit usuras; aut quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur. *l.* 7. § 10. *ff. de Admin. et peric. tut.* Ulp. lib. 35. ad Ed.

Hos quinque casus in quibus tutor legitimas usuras debet, seorsim repetamus.

XLVI. *Primus casus est quam tutor pecuniam pupilli in usus suos convertit. Eninvero* Tutorem vel curatorem pecuniæ quam in usus suos convertit, legitimas usuras præstare debere olim placuit. *l.* 1. *Cod. de Usur. pupillarib.* Antonin.

Neque sortis solum, sed et Si usuras exactas tutor vel curator usibus suis retinuerint, earum usuras agnoscere eos oportet. Sane enim parvi refert sortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint. *sup. d. l.* 7. § 12. *ff. de Admin. et peric. tut.*

Igitur Pecuniæ quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras præstant. Sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse. Cæterum non utique qui non fœncravit vel non deposuit, in suos usus vertit: et ita Divus Severus decrevit. Doceri igitur debet, in usus suos pecuniam vertisse. *d. l.* 7. § 4.

Vertisse in suos usus non accipimus eum qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit: hic enim eas usuras præstabit, quas patri promiserat. *d. l.* 7. § 5.

Item Non existimo maximis usuris subjiciendum eum qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit, et cavit, certasque usuras promisit quas et alii debitores pupillo dependont; quia hic sibi non consumpsit. Nec clam, nec quasi sua pecunia licenter abutitur; et nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset. Et multum refert, palam aperteque debitorem se (ut extraneum et quemlibet) faceret pupillo; an sub administratione Tutelæ pupillique utilitate latenter sua commoda pupilli pecunia juvaret. *l.* 54.

(1) Nec enim admissi fuissent ad agendum, cum desiissent esse tutores. Observa, Papinianum hoc solum definire; tutori non posse imputari hoc casu, quod post finitam tutelam ab his debitoribus non exegerit. Verum si non admonuit pupillum adultum factum, ut sibi curatorem peteret; eo nomine tenebitur: supra lib. 26. Tit. de Administr. et pericul. tut. N. 45.

(2) In quo descripta erant hæc chirographa: quæ probatio ex inventario et aliunde eruta, forte potuisset supplere ipsa chirographa amissa.

[a] *Florent.* priores.

(3) Puta, in negotio quod maxime intererat pupilli contrahi, nec tamen contractum fuit defectu auctoritatis.

(4) *Pupillares* hic largiori sensu dicuntur usuræ, quæ pupillo ex causa tutelæ debentur; sive sint legitimæ; sive pupillares in strictiori sensu, id est in regione frequentatæ.

(5) Id est, centesimam; unum nummum in centum per singulos menses (*Douze par cent par an.*).

ff. de Admin. et peric. tut. TRYPHONIN. LIB. 2. DISPUTAT.

Item Tutorem qui pecuniam pupillarem quamvis suo nomine feneravit, non videri contra Constitutiones fecisse; quæ prohibent pecuniam pupillarem in usus suos convertere (1). *l.* 46. § 2. *d. tit.* PAUL. LIB. 9. RESPONS.

XLVII. *Duos alios casus subjunxit Ulpianus quibus tutores in legitimas usuras condemnantur: scilicet quum Prætor tutori irrogavit legitimas usuras, eo quod negaverit apud se habere pecuniam quam habebat; aut etiam eo quod moram in ea deponenda fecerit.*

De his casibus Idem Ulpianus scribit. Si deponi oportet pecunias ad prædiorum comparationem; si quidem factum est, usuræ non current: sin vero factum non est, si quidem nec præceptum est ut deponantur, pupillares præstabuntur; si præceptum est et neglectum, de modo usurarum videndum est. Et solent Prætores comminari ut, si non fiat depositio, vel quanto tardius fiat, legitimæ usuræ præstentur. Si igitur comminatio intercessit, judex qui quandoque cognoscet, Decretum Prætoris sequetur. *l.* 7. § 7. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Idem solent facere Prætores etiam circa eos tutores, qui negant habere ad alendos pupillos penes se aliquid; ut, quidquid constiterit penes eos esse, ejus gravissima usura pendatur. Et hoc persequi oportere judicem palam est, cum et alia pœnæ adjectione (2). *d. l.* 7. § 8.

Vicinus est quartus casus quem Ulpianus retulit; quum Tutore (etiam extra Jus) per mendacium negante se pecuniam apud se habere, pupillus necesse habuit sub legitimis usuris mutuari. De quo casu nihil est quod præterea dicamus.

XLVIII. *Denique quintus casus est, quum tutor a debitoribus ipse usuras legitimas exegit. Hoc autem casu legitimas præstabit; sive pupilli, sive etiam suo nomine pecuniam pupillarem sub his usuris fœneraverit.*

Cæterum Si tutor pecuniam pupillarem suo nomine feneravit, ita demum cogetur usuras quas percepit præstare, si suscipiat pupillus cæterorum nominum periculum (3). *l.* 7. § 6. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Sed nec hanc electionem habebit pupillus si testator tutori concesserat ut sub certa usura tutor pecuniam pupillarem retinere posset.

Hoc docet Scævola in specie sequenti. Præfectus legionis ita testamento cavit: « VOLO ut sit in » arbitrio tutorum filii mei, si voluerint hujus » summæ uncias inferre usurarum nomine, ita » ne nummi dispergantur ». Quæro, si apparuerit pecunia feonerata a tutoribus; judicio Tutelæ unciarias usuras, an vero eas quas stipulati sunt, præstare debeant? Respondi: Si secundum voluntatem defuncti elegissent usurarum præstationem, neque pupilli nomine in fœnus dedissent; id præstatur quod testator voluisset. *l.* 47. § 4. *d. tit.* LIB. 2. RESPONS.

XLIX. *Videamus quarum summarum legitimæ usuræ debeantur.* Residuarum autem summarum pupillares (4) usuras pendi oportet. *sup. d. l.* 7. § 9. *ff. de Admin. et peric. tut.*

Tales usuras debet tutor ejus pecuniæ quam, quum collocare deberet, otiosam reliquit; quamvis eam deposuerit.

Hinc Ulpianus. Si post depositionem pecuniæ, comparare prædia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri. Quanquam enim a Prætore cogi eos oportet ad comparandum; tamen, si cessent etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia. *d. l.* 7. § 3.

Hoc sic accipe; Nisi si per eos factum non est quominus compararent. *d.* § 3.

Similiter Alexander rescribit. Si pecuniam pupillarem neque idoneis nominibus credere, neque in emptionem possessionum convertere potuisti, non ignorabit judex usuras ejus a te exigi non oportere. *l.* 3. *Cod. de Usur. pupillarib.*

Unde Paulus: Si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat cui crederet; pupillo vacabit. *l.* 12. § 4. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 38. AD ED.

Sed Non est audiendus tutor quum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non invenirit; si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse. *l.* 13. § 1. *d. tit.* GAIUS LIB. 12. AD ED. PROVINC.

L. *Usuras pupillares tutor debet, non solum pecuniæ pupillaris quæ extabat, sed et ejus quam exigere debuit a debitoribus pupilli; et quidem etiam a se ipso, cum aut ipse, aut alter cujus tutelam pariter gerebat, debitor esset pupillo.*

Hinc quidam Pupillo herede instituto, filiæ exheredatæ duo millia nummorum aureorum legavit; eosdemque tutores utrisque dedit. Quæsitum est an cum ex eo die quo duo millia potuerunt a substantia hereditatis separare et in nomina collocare, neglexerint; usurarum nomine, pupillæ, Tutelæ judicio teneantur? Respondit, teneri. *l.* 58. § 3. *ff. de Admin. et peric. tut.* SCÆVOLA LIB. 11. DIGEST.

Quod diximus tutorem pupillares usuras debere hujus pecuniæ quam non exegit a debitoribus pupilli, sic accipe; nisi sub gravioribus usuris a debitoribus deberetur.

Sed si *ipse* tutor sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares; videndum est an ei aliquid imputetur? Et, si quidem solvit, nihil est quod ei imputetur: potuit enim solvere, nec onerare se usuris. Si vero non

(1) Quia liberum est pupillo, hæc nomina sibi vindicare; supra § 3.

(2) Scilicet mulctæ.

(3) Vid. supra N. 42.

(4) *Pupillares* usuras hic vocat, eas quæ in regione frequentantur.

solvit, usuras cogendus est agnoscere quas a se exigere debuit. *l.* 9. § 4. *d. tit.* Ulp. lib. 36. ad Ed.

LI. *Item observandum usuras pecuniæ quam tutor a debitoribus pupilli non exegit, tutorem debere; etiam hujus quæ usurarum nomine debita erat.*

Hoc docet Scævola in specie sequenti. Ex duobus tutoribus pupilli, altero defuncto, adhuc impubere pupillo; qui supererat, ex persona pupilli sui judice accepto, consecutus est cum usuris quantum ex Tutela ad tutorem defunctum pervenerat. Quæsitum est, judicio Tutelæ quo experitur pubes factus, utrum ejus tantum portionis quæ ab initio ex Tutelæ ratione pervenerat ad defunctum contutorem usuræ veniant; an etiam ejus summæ quæ ex sortis usuris pupillo aucta, post mortem ejus ad superstitem æque cum sorte translata sit, aut transferri debuit? Respondit, Si eam pecuniam in se vertisset, omnium pecuniarum usuras præstandas : quod si mansisset in rationibus pupilli, præstandum quod bona fide percepisset, aut percipere potuisset si fenori dare (quum potuisset) neglexisset; cum id quod ab alio debitore nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit, totum sortis vice fungitur vel fungi debet. *l.* 58. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* Scævola lib. 11. digest.

Item Quæsitum est, an usuræ pupillaris pecuniæ quas tutores debuerunt, quum ad curatorem transferuntur, in sortem computentur, et universæ summæ usuras debere curatores incipiant? Respondit, Omnis pecuniæ quæ ad curatores transit, parem causam esse : quia omnis sors efficitur. *d. l.* 58. § 4.

LII. *Vidimus an et quæ usuræ in judicio* Tutelæ *veniant. Veniunt autem non solum si tutor ex facto proprio, sed et si ex contutoris facto, hoc judicio condemnetur.*

Ita Ulpianus. Si tutor pro contutore condemnetur; an etiam in usuras condemnandus sit, quæritur? Et placet (ut multis Rescriptis continetur, et Papinianus libro 12 Quæstionum ait) etiam in usuras eum condemnandum, si suspectum facere supersedit. Et quidem eas demum usuras cogendum præstare, quas etiam suæ administrationis cogitur. *l.* 7. § 14. *ff. de Admin. et peric. tut.* Ulp. lib. 35. ad Ed.

LIII. *Jam circa usuras quærendum restat, usquequo currant.*

Et Sciendum est tutorem, et post officium finitum usuras debere, in diem quo Tutelam restituit. *d. l.* 7. § 15.

Et quidem tales pergunt currere, quales currebant. Unde Quæsitum est, an ejus pecuniæ qua tutor usus est, post finitam quoque tutelam in diem judicii accepti easdem usuras præstare debeat? Paulus respondit, Finita administratione eas usuras debere computari, quæ in Tutelæ judicio computantur. *l.* 46. § 3. *ff. de Admin. et peric. tut.* Paul. lib. 9. respons.

Quando autem sistantur usuræ, docet Marcellus. Ita ille : Tutor qui post pubertatem pupilli, negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras præstare non debet ex quo obtulit pecuniam.

(Ulpianus notat : non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.)

Quinetiam justius mihi videtur eum per quem non stetit quominus conventus restitueret Tutelam, ad præstationem usurarum non compelli (1). *l.* 28. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* lib. 8. digest.

Maximeque heredem tutoris. Nam periniquum est eum cui forte post viginti annos, vel amplius, in mentem venit Tutelam reposcere; etiam usuras postulare. *l.* 29. *d. tit.* Idem.

Alterum modum quo sistuntur usuræ, referunt Diocletianus et Maximianus. Pupillus agere vobiscum actione Tutelæ compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, ut et (si quid ei debetis) cursus inhibeatur usurarum, denuntiationibus frequenter interpositis ad judicium eum provocate : ac, si rem dissimulatione proferat, Actis apud Præsidem provinciæ factis voluntatis vestræ rationem declarate : quo facto tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consulctis (2). Quod et in curatoribus locum habet. *l.* 4. *Cod. de Usur. pupillarib.*

§ 6. *De solutione pecuniæ cujus tutor ex redditis rationibus reliquator est.*

LIV. *Tutor pecuniam, cujus ex redditis rationibus reliquator est, statim solvere debet.*

Cæterum quam pecuniam pupillarem credidit tutor; Si Tutelæ agat is cujus tutela administrata est, dicendum est nonnunquam diem creditæ pecuniæ expectandum; si forte tutor pecunias crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum venit. Sane, quod ad pecunias attinet, ita demum verum est; si potuit et debuit credere. Cæterum si non debet credere, non expectabitur. *l.* 8. *ff. de Admin. et peric. tut.* Ulp. lib. 23. ad Ed.

ARTICULUS VII.

De privilegio judicii Tutelæ.

LV. *Pupillus habet privilegium in bonis tutoris*

(1) Hoc scribebat Marcellus antequam receptum esset, ut ipso Jure citra interpellationem currerent usuræ ejus quod tutor pupillo debet. De qua re vid. supra lib 22. Tit. de *Usur.* N. 49. cum Notis.

(2) Cujacius ad h. l. inde colligit duos esse modos sistendi cursum usurarum : primum, si tutor pecuniam offerat et deponat; alterum qui in hac l. proponitur, si frequenter denuntiet, et Actis contestetur se paratum esse restituere tutelam. Hoc tunc locum habere crediderim, quum dispunctione opus est (*il y a quelques débats à faire*) ut intelligatur quantæ summæ tutor sit reliquator; adeo ut ante hanc dispunctionem, non sit certa summa quam deponere possit.

pro eo quod ipsi ex gesta tutela debet. Et quidem, sive ipse tutor sive defensor ejus condemnatus sit. Nam Defensor tutoris condemnatus, non aufert privilegium pupilli : neque enim sponte cum eo pupillus contraxit. *l.* 22. PAUL. LIB. 13. QUÆST.

Imo : Sed si pupillus post pubertatem rationibus a tutore acceptis, reliquationem ejus secutus, usuras acceptaverit; privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. Prætor enim privilegium ei servare debet. *l.* 44. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 13. QUÆST.

Cæterum personam pupilli non egreditur hoc privilegium, ut docet Papinianus. Ita ille : Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit In rem suam judicatus (1) procurator datus, privilegium pupilli non habebit; quod nec heredi popilli datur : non enim causæ sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem. *l.* 42. *d. tit,* LIB. 1. DEFINIT.

LVI. *Non eo autem usque progreditur privilegium quod pupillus habet, ut tutori liberum facultatem auferat de rebus suis disponendi.*

Hinc Diocletianus et Maximianus : De successione sua tutores frustra timent (2); cum his qui Tutelam administraverunt testamenti factio non denegetur, nec de bonis suis donare aliquid prohibeantur. *l.* 17. *Cod. de Admin. tut.*

SECTIO II.

De actione de Rationibus distrahendis.

Præter actionem Tutelæ, *competit pupillo ex Lege XII Tabularum actio de* Rationibus distrahendis, *id est, de eo quod tutor dolo ex rationibus pupilli distraxit seu intervertit.*

Ait enim Lex XII Tab. SI TUTOR DOLO MALO GERAT, VITUPERATO : QUANDOQUE FINITA TUTELA ESCIT, FURTUM DUPLIONE LUITO.

Circa hanc actionem videbimus 1.° *Quo casu competat ; adversus quos ; et si plures sint, quatenus ex communi fraude quisque teneatur ;* 2.° *Quando hæc actio competat ; et qualis sit, quidve in ea veniat præstandum ;* 3°. *Cum quibus actionibus concurrat, et an per eas tollatur.*

§ 1. *Quo casu hæc actio competat ; adversus quos ; et, quum plures tutores communi fraude rationes pupilli interverterunt, quatenus quisque hac actione teneatur.*

LVII. Actione DE RATIONIBUS DISTRAHENDIS nemo tenetur nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. *l.* 2. PAUL. LIB. 8. AD SABIN.

LVIII. *Hac autem* Rationibus Distrahendis actione non solum hi tenentur tutores qui legitimi fuerunt, sed omnes qui jure tutores sunt et gerunt tutelam. *l.* 1. § 19. ULPIAN. LIB. 36. AD ED.

LIX. Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt ; videamus, an ea actione quæ proponitur ex Lege XII Tabularum adversus tutorem in duplum singuli in solidum teneantur ; et (3) quamvis unus duplum præstiterit, nihilominus etiam alii teneantur ? Nam in aliis furibus ejusdem rei pluribus, non est propterea cæteris pœnæ deprecatio quod ab uno jam exacta est. Sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere (4). Nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione præstare, et quasi specie Condictionis (5) aut ipsam rem aut ejus æstimationem. *l.* 55. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* TRYPHON. LIB. 14. DISPUT.

§ 2. *Quando competat hæc actio, qualis sit, et quid in ea præstandum veniat.*

LX. Hæc actio tunc competit quum et Tutelæ actio est ; hoc est, finita demum tutela. *l.* 1. § 24. ULP. LIB. 36. AD ED.

LXI. Hanc actionem sciendum est perpetuam esse, et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est. Sed in heredem cæterosque successores non dabitur, quia pœnalis est. *d. l.* 1. § 23.

LXII. Dolo tutoris curatorisve detecto; in duplum ejus pecuniæ condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt. PAUL. SENTENT. *lib.* 2. *tit.* 3. § 1.

Verum Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli interfit ? Et magis esse arbitror, in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum æstimationem. *sup. d. l.* 1. § 20.

Cæterum Hæc actio, licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet. *l.* 2. § 2. PAUL. LIB. 8 AD SABIN.

§ 3. *Cum quibus actionibus hæc actio concurrat, et an per illas tollatur.*

LXIII. *Hæc actio concurrit cum actione* Tutelæ, *sed ita ut altera alteram tollat.*

(1) Id est, tutor pupillo condemnatus ; qui, mandatis sibi pupilli actionibus, experiatur adversus contutorem tanquam procurator pupilli in rem suam factus.

(2) *Frustra timent* ne de successione sua, de bonis suis, non possint disponere.

(3) Et quidem an sic teneantur, ut quod unus solverit alterum non liberet.

(4) Adeoque differt hæc actio ab actione *Furti.*

(5) Ostendit in quo hæc actio differat ab actione *Furti.* Actio *Furti* meram pœnam persequitur : hæc mixta est, et cum pœna persequitur rei æstimationem. Unde ei qui hac actione duplum consecutus est, non superest rei Condictio. Hinc concludendum relinquit, hoc quod ab uno hac actione solutum est, alterum liberare : qui enim jam rem consecutus est, non potest amplius agere hac actione in qua rei persecutio continetur.

Nam In Tutela, ex una obligatione duas esse actiones constat. Et ideo sive TUTELÆ fuerit actum, DE RATIONIBUS DISTRAHENDIS agi non potest : si contra, Tutelæ actio quod ad speciem istam perempta est. *sup. d. l.* 1. § 21.

Quod si *(tutor)* furandi animo fecit, etiam FURTI tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet (1).

Sed et Condictio ex furtiva causa competit : per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium; quia nihil absit (2) pupillo. *sup. d. l.* 2. § 1.

Quare autem contra actio FURTI *et hæc actio non se invicem destruant, docet Ulpianus. Ita ille* : Hunc tamen tutorem qui intercepit pecuniam popillarem, et FURTI teneri Papinianus ait. Qui etsi Furti teneatur, hac actione conventus, Furti actione non liberatur : nec enim (3) eadem est obligatio Furti ac TUTELÆ, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti; sed plures obligationes : nam et TUTELÆ, et FURTI, obligatur. *d. l.* 1. § 22.

SECTIO III.

De Utili *Curationis causa actione.*

Ex administratione Curæ adulti nascitur ultro citroque actio nimirum Negotiorum gestorum, *non directa (cum non sponte curator ad administrationem accesserit) sed Utilis.*

Circa hanc actionem Utilem quæ adversus curatorem adulti datur, et eo sensu dicitur etiam Directa quatenus opponitur Contrariæ, videndum quando competat; et quid in ea veniat præstandum.

De Contraria Utili quæ curatori adversus adultum competit, in Tit. seq.

§ 1. *Quando hæc actio competat.*

LXIV. *Hæc actio finita demum Cura competit.*

Hinc Severus et Antoninus. Adversus curatorem adolescentis cui collegæ datis estis, quandiu administratio communis durat, exerceri judicium (4) non potest. *l.* 2. *Cod. de Administr. tut.*

Item Philippi. Rationes curæ administratæ ante impletum quintum et vicesimum annum, durante officio, posci jure non posse manifestum est. *l.* 14. *Cod. d. tit.*

§ 2. *Quid veniat in hac actione præstandum.*

LXV. *Eadem veniunt in hac actione, quæ in actione Tutelæ venire supra vidimus.*

Maxime autem id venit quod ab his qui ex causa Tutelæ tenebantur, non exegerit curator quidquid debebant.

Et quidem responsum est ; Convento herede tutoris judicio TUTELÆ, curatorem ejusdem neque ipso Jure liberatum videri, neque exceptionem Rei judicatæ (5) ei dandam. Idemque in heredibus Magistratuum observandum. *l.* 23. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

Non tenetur autem curator de eo quod adolescens, postquam veniam ætatis impetravit, ipse ex bonis suis diminuit. Hinc V. G. Quod de peculio servi actoris (6), quem adolescens postquam res suas administrare cœpit (7) manumisit, [et] retinuit aut retinere potuit (8), in ratione reddenda curatori per judicem accepto feretur (9). *l.* 39. § 18. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAPINIAN. LIB. 5. RESPONS.

LXVI. *In hoc judicio curatori deductio fieri debet ejus quod legitime in res adulti impendit.*

Circa has impensas elegans regula traditur in specie sequenti. Lucius-Titius cohæres et curator sororis suæ, cum esset ex civitate in qua usitatum erat ipsos dominos prædiorum, non conductores, onera annonarum et contributionum temporariarum sustinere; morem hunc et consuetudinem semper observatam secutus, et ipse pro communi et individua hereditate annonas præstitit. Quæro an

(1) Cum enim actio *Furti* meram pœnam continent; si ea actum fuerit, superest actio *de Rationibus distrahendis* ad rei persecutionem. Vice versa si actum fuerit actione *de Distrahendis rationibus*, superest actio *Furti* ad pœnam; deducto tamen eo quod jam pœnæ nomine, judicio *de Distrahendis rationibus* consecutus est pupillus. Vid. infra lib. 44. Tit. *de Obligat. et actionib.*

(2) Nec enim ei abest res, quam per *Condictionem furtivam* consecutus est. Pœnam quoque consecutus est per actionem *Furti*, de qua mox locutus est. Sequitur ergo tolli hoc judicium. Sed et si tantum *Condictione Furtiva* actum esset, non etiam actione *Furti*; potest adhuc dici hoc judicium *de Rationibus distrahendis* tolli : nam certe tollitur quoad rei persecutionem; quoad pœnam autem persecutionem inutile est pupillo, cui magis expedit agere actione *Furti*.

(3) Id est, furtum et tutela sunt diversæ causæ obligationum; non una eademque causa ex qua plures actiones descendunt : præterea diversa persequuntur.

(4) Ad hoc scilicet ut curationis rationes reddantur. Cæterum de causa aut actu aliquo particulari, etiam manente curatione, agi adversus curatorem potest : ut videb. infra lib. 46. Tit. *Rem pupilli, etc.* ex l. 16. § 1. ff. h. tit. et obiter mox infra Tit. *De eo qui pro Tutore, etc.*

(5) Finge tutoris heredem fuisse absolutum culpa curatoris. Non ideo liberabitur curator : si enim curator excipiat tutorem fuisse absolutum, replicabitur ei quod culpa ejus absolutus est.

(6) Dispensatoris.

(7) Id est, veniam ætatis impetravit. Cujac.

(8) Nec tamen retinuit.

(9) Id est, absolvetur curator ab hoc peculio; quia non per curatorem sed per ipsum adolescentem hoc peculium adolescenti abest.

in rationibus dandis opponi curatoei possit quia non recte pro parte sororis tales impensas fecerat? Modestinus respondit, In id demum curatorem adultæ reputare ex causa de qua quæritur posse, quod ipsa (si rem suam administravit) erogare compelleretur. *l.* 32. § 6. *d. tit.* Modestin. lib. 6. respons.

TITULUS IV.

DE CONTRARIA TUTELÆ, ET UTILI ACTIONE.

Tractationi *de actionibus Directis quæ ex administratione Tutelæ vel Curæ dantur, recte subjungitur tractatio de Contrariis actionibus quæ ex hac administratione competunt.* De Contraria Tutelæ *actione, primo Articulo agemus: in sequenti, de* Contraria-Utili Negotiorum gestorum *actione, quæ ex administratione Curæ datur.*

ARTICULUS I.

De Contraria Tutelæ *actione.*

I. Contrariam Tutelæ actionem Prætor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent; scientes pupillum quoque sibi obligatum fore, ex sua administratione. Quanquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit; attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet.

Etenim provocandi fuerant tutores ut promptius de suo aliquid impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint. *l.* 1. Ulpian. lib. 36. ad Ed.

Videndum autem quando huic actioni locus sit, quando competere incipiat; qualis sit, cui et adversus quem detur, et quæ in hac actione veniant.

§ 1. *Quando huic locus sit, quando competat, cui et adversus quem.*

II. *Huic actioni locus est (ut diximus) quum tutor in rem pupilli aliquid utiliter impendit. Et quidem* Hanc actionem dandam placet, etsi Tutelæ judicio non agatur. Etenim nonnunquam pupillus idcirco agere Tutelæ non vult, quia nihil ei debetur; imo plus in eum impensum est quam quod ei abest: nec impediendus est tutor Contrario agere. *d. l.* 1. § 8.

Longe magis (1) dandum est, etsi Rationibus distrahendis actio intendatur. *l.* 2. Julian. lib. 21. digest.

III. Finito autem officio, hanc actionem competere dicemus tutori. Cæterum quandiu durat, nondum competit. *d. l.* 1. § 3.

Is vero qui est A Tutela remotus, eo loco haberi debet quo esset finita Tutela: et sicut actiones patitur perinde ac si pupillus pubes factus esset; ita Contrario judicio si quid ei aberit, persequi debebit. Nihil enim prohibet suspectum tutorem esse, quamvis complura in rem pupilli impenderit quæ eum amittere non oportet. *l.* 4. Julian. lib. 21. digest.

IV. Hanc actionem perpetuam esse palam est, et heredi et in heredem dari cæterosque successores, et ad quos ea res pertinet, et in eos. *l.* 3. § 9. Ulp. lib. 36. ad Edict.

Hinc Heredem tutoris, si eam summam solverit in quam obligati pupilli fuerunt, actionem Contrariam adversus eos habere posse respondi. *l.* 5. Ulpian. lib. 1. respons.

§ 2. *Quæ veniant in hoc judicio præstanda.*

V. *Venit in hoc judicio præstandum, quidquid tutor in personam vel res aut negotia pupilli utiliter impendit aut se obligavit.*

Et 1.° *Quod in personam pupilli impendit. Enimvero* Officio judicis qui Tutelæ cognoscit, congruit reputationes tutoris non improbas admittere: ut puta, si dicat impendisse in alimenta pupilli vel disciplinas. *l.* 2. *ff. Ubi pupill. educ.* Ulp. lib. 36. ad Edict.

Modus autem, si quidem Prætor arbitratus est, is servari debet quem Prætor statuit. Si vero Prætor non est aditus, pro modo facultatium pupilli debet arbitrio judicis æstimari: nec enim permittendum est tutori, tantum reputare quantum dedit, si plus æquo dedit. *d. l.* 2. § 1.

Hoc amplius: Etsi Prætor modum alimentis statuit, verumtamen ultra vires facultatium est quod decretum est, nec suggessit Prætori de statu facultatium: non debet ratio haberi alimentorum omnium; quia, si suggessisset, aut minuerentur jam decreta, aut non tanta decernerentur. *d. l.* 2. § 2.

(1) Quo enim magis vexatur per hanc actionem quæ est in duplum; eo magis admittendum est ut sibi prospicere possit.

Imo : Sed si pater statuit alimenta liberis quos heredes scripserit; eâ præstando, tutor reputare poterit : nisi forte ultra vires facultatum statuerit; tunc enim imputabitur ei, cur non adito Prætore desideravit alimenta minui. *d. l.* 2. § 3.

VI. 2.° *Venit quod in res aut negotia pupilli impensum est. V. G.* Sed si servis cibaria præstiterit, vel libertis (scilicet rei pupilli necessariis); dicendum est reputaturum. Idemque et si liberis hominibus, si tamen ratio præstandi justa intercedat. *l.* 1. § 8. *ff. de Tut. et rat. distrah.* Ulp. lib. 36. ad Ed.

Item sumptus litis tutor reputabit; et viatica, si ex officio necesse habuit aliquo excurrere vel proficisci. *d. l.* 1. § 9.

Quod de sumptibus litis diximus, ita accipe si justam litigandi causam habuerit. Cæterum, ut rescribit Alexander, Non est ignotum tutores vel curatores adolescentium, si nomine pupillorum vel adultorum scientes calumniosas instituant actiones : eo nomine condemnari oportere : ne sub prætextu nominis eorum, propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment. *l.* 6. *Cod. de Admin. tutor.*

VII. 3.° *Sed et* Si tutor pro pupillo se obligavit, habet Contrariam actionem et antequam solvat. *l.* 6. Paul. lib. 5. ad Plaut.

Quinetiam aget antequam liquida fuerit summa in quam pro pupillo obligatus est.

Unde Pomponius. Si Tutelæ aut Negotiorum gestorum contrariis actionibus agatur, incerto hoc quantum ab adversariis debetur; tutori procuratorive arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit. *l.* 3. *ff. de Tut. et rat. distrah.* Pompon. lib. 5. ad Sabin.

VIII. *Non solum autem venit in hoc judicio quod tutor impendit aut se obligavit durante Tutela : sed etiam* Judicio Contrario Tutelæ præstatur et id quod in rem pupilli versum ante tutelam; vel post tutelam, si negotiis tutelæ tempore gestis nexum probatur; et quod ante impensum est; sive pro tutore negotia gessit et postea tutor constitutus est, vel vestri erat curator. Sed et si non pro tutore negotia gerebat, debet venire quod ante impensum est. Deducuntur enim in Tutelæ judicium, sumptus quoscumque fecerit in rem pupilli; sic tamen si ex bona fide fecit. *l.* 3. § 8. Ulpian. lib. 36. ad Ed.

IX. *Item non solum qui ex Decreto Magistratus sumptus facti sunt, veniunt, sed et qui absque Decreto bona fide facti sunt.*

Sic enim rescribit Antoninus. Sumptus in pupillum tuum necessario et ex justis honestisque causis, judici qui super ea re cogniturus est, si probabuntur facti; accepto ferentur, etiamsi Prætoris Decretum de dandis eis non sit interpositum. Id namque quod a tutoribus sive curatoribus bona fide erogatur, potius justitia quam alienâ auctoritate firmatur. *l.* 3. *Cod. de Admin. tutor.*

Item sumptus veniunt etiam in illud negotium facti quod bene non cessit.

Nam Sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse; etsi eventum adversum habuit, quod gestum est. *l.* 3. § 7. Ulp. lib. 36. ad Ed.

X. *Illud quæritur :* Quid ergo si plus in eum impendit quam est in facultatibus, videamus an possit hoc consequi? Et Labeo scribit, Posse. Sic tamen accipiendum est, si expediat pupillo ita tutelam administrari : cæterum si non expedit, dicendum est absolvi pupillum oportere. Neque enim in hoc administrantur tutelæ, ut mergantur pupilli. Judex igitur qui contrario judicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit, et an tutor ex officio sumptus fecerit. *d. l.* 3.

XI. *Denique generaliter hæc regula tenenda est ; Quidquid tutor Directo judicio conventus reputaret, hoc in Contrarium judicium venire.*

Hinc Ulpianus : Præterea si Tutelæ judicio quis conveniatur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus utrum compensare, an petere velit sumptus.

Quid ergo si judex compensationis ejus rationem non habuit, an Contrario judicio experiri possit? Et utique potest. Sed si reprobata est hæc reputatio, et acquievit; non debet judex Contrario judicio id sarcire (1). *l.* 1. § 4. lib. 36. ad Ed.

XII. *Et hæc quidem de his omnibus quæ in Tutelam tutor impendit. Enimvero, ut* Principalibus Constitutionibus declaratur; sumptuum qui bona fide in Tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet : nisi ab eo (2) qui eum dat, certum solatium (3) ei constitutum est. *l.* 33. § 3. *ff. de Admin. et peric. tut.* Callistrat. lib. 4. de cognitionib.

Item Si pupillis tutores pater dedit, inter quos et libertum suum; perque eum voluerit tutelam administrari, et tutores certam summam ei statuerunt, quia aliter se exhibere non poterat; habendam ejus rationem quod statutum est, Mela existimat. *l.* 1. § 6. *ff. de Tut. et rat. distrah.* Ulp. lib. 36. ad Ed.

Ergo et si ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor (4), eique alimenta statuerint contutores; debebit eorum ratio haberi, quia justa causa est præstandi. *d. l.* 1. § 7.

XIII. An in hoc judicio non tantum quæ pro pupillo vel in rem ejus impensa sunt, veniant;

(1) Obstat enim hoc casu exceptio *Rei judicatæ*. Secus quum judex, non tam hanc reputationem reprobavit, quam super ea statuere omisit. Vid. Tit. *de Re judicat.* infra lib. 44.

(2) Testatore scilicet, vel Prætore.

(3) *Salarium.*

(4) Sæpe libertus *propter notitiam* quam habebat patrimonii patroni, tutor ejus liberis creabatur.

verum etiam ea quoque quæ debebantur alias tutori, ut puta a patre pupilli si quid debitum fuit, quæritur? Et magis puto cum integra sit actio tutori, non esse in Contrarium judicium deducendum. *l.* 1. § 5. Ulp. lib. 36. ad Ed.

Quid tamen si ideo expectavit quia tutor erat; et ideo non exegit; videamus an Contrario judicio Tutelæ, indemnitatem consequatur? quod magis probandum est. Nam sicuti quodcumque aliud gessit pro utilitate pupilli, id Contrario judicio consequetur; ita etiam id quod sibi debetur consequi debet, vel ejus securitatem. *d. l.* 1. § 6.

Ergo etsi ex causa quæ tempore finitur, obligatio aliqua fuit; Tutelæ Contrarium judicium esse ei opinor. *d. l.* 1. § 7.

XIV. *Hactenus vidimus quæ pecunia tutori principaliter reputetur necne.* Consequitur autem pecuniam si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris; sed vel trientibus, vel his quæ in regione observantur, vel his quibus mutuatus est (si necesse habuit mutuari ut pupillo ex justa causa prorogaret); vel his a quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, si nimirum profuit pupillo pecuniam esse exsolutam. *l.* 3. § 1. ¶ *consequitur.* Ulp. lib. 36. ad Ed.

Plane si forte tutor aliquid pecuniæ debuit fenerare, aliquid ipse pro pupillo solvit; nec ipse usuras consequitur (1), nec pupillu præstabit. *d. l.* 3. § 2.

Quare etsi in usus suos convertit, deinde aliquid impendit in rem pupillarem; quam impendit, desinit vertisse et exinde usuras non præstabit. Et si ante impendit in rem pupillarem, mox in usus suos vertit; non videbitur vertisse quantitatem quæ concurrit cum quantitate sibi debita, ut ejus summæ non præstet usuras. *d. l.* 3. § 3.

At vero Usuras utrum tandiu consequetur tutor, quandiu tutor est, an etiam post finitam Tutelam, videamus? An ex mora tantum? Et magis est ut quoad ei reddatur pecunia, consequatur: nec enim debet ei sterilis esse pecunia. *d. l.* 3. § 4.

Si tamen fuit in substantia pupilli unde consequetur; dicendum est, non oportere eum usuras a pupillo exigere. *d. l.* 3. § 5.

Quid ergo si de re pupillari non potuit sibi solvere, quia erat deposita ad prædiorum comparationem? Si quidem non postulavit a Prætore ut promatur pecunia, vel hoc minus deponatur; sibi imputet. Si vero hoc desideravit, nec impetravit; dicendum est non deperire ei usuras in Contrario judicio. *d. l.* 3. § 6.

XV. *Circa ea quæ in hoc judicio veniunt, unum adhuc quæritur. Videlicet* Contrarium judicium an ad hoc quoque competat, ut quis a pupillo exigat liberationem, videndum est? Et nemo dixit in hoc agere quem Contrario posse, ut Tutelæ judicio liberetur. Sed tantum de his quæ ei propter tutelam absunt. *d. l.* 3. § 1.

ARTICULUS II.

De contraria Utili Curationis causa *actione.*

XVI Sed etsi curator sit vel pupilli, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi; dicendum est, etiam his Contrarium dandum. Idem in curatore quoque ventris probandum est. Quæ sententia Sabini fuit existimantis, cæteris quoque curatoribus ex iisdem causis dandum Contrarium judicium. *l.* 1. § 2. Ulp. lib. 36. ad Ed.

(1) Nimirum usuræ quas consequi potuisset pecuniæ suæ quam pro pupillo impendit, pensabuntur usuris pecuniæ pupilli quam otiosam habuit.

TITULUS V.

DE EO QUI PRO TUTORE PROVE CURATORE NEGOTIA GESSIT.

A*b actionibus* Tutelæ *transeunt Pandectarum ordinatores ad actiones* Protutelæ *tam Directam quam Contrariam. Quarum tractationi vicinam adjungemus quæstionem; An et quæ actiones dentur ex administratione tutoris dati posthumo qui natus non est.*

ARTICULUS I.

De actione Protutelæ *Directa.*

I. Protutelæ actionem necessario Prætor proposuit. Nam quia plerumque incertum est utrum quis tutor, an vero quasi tutor Pro Tutore administraverit; idcirco in utrumque casum actionem scripsit: ut, sive tutor est, sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit utrum quis tutor fuerit et sic gesserit; an vero non fuerit, Pro Tutore Tamen munere functus sit. *l.* 1. Ulp. lib. 36. ad Ed.

Circa hanc actionem quærendum 1.° *Quo casu huic locus sit;* 2.° *Quatenus teneantur plures qui pro Tutoribus gesserunt;* 3.° *Quando moveri possit*

hæc actio; et quæ in ea veniant; 4.° *An habeat privilegium.*

§ 1. *Quibus casibus huic actioni locus sit.*

II. *Ut* Protutelæ *actioni locus sit, hæc duo concurrere oportet; ut impuberis negotia gesta sint, et ut ab eo qui se Pro Tutore gerebat.*

1.° *Oportet ut impuberis negotia gesta sint. Nam* Si quis quasi tutor negotia gesserit ejus qui jam pubes est, neque tutorem habere potest; Protutelæ actio cessat.

Simili modo et si ejus qui nondum natus est. Nam ut Pro Tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cujus ætas accipiat tutorem, id est, impuberem esse oportet. Sed erit Negotiorum gestorum actio. *l.* 1. § 6. ULP. LIB. 36. AD EO.

2.° *Oportet ut is gesserit qui se Pro Tutore gerebat. Secus, si alio titulo gesserit.*

V. G. Si curator impuberi a Prætore datus, negotia gesserit; an quasi Pro Tutore gesserit teneatur, quæritur? Et est verius cessare hanc actionem, quia officio curatoris functus (1) est. Si quis tamen, quum tutor non esset, compulsus a Prætore vel a Præside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam; videndum an Pro Tutore teneatur? Et magis est ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat qui animo tutoris gessit quum tutor non esset. At iste curator, non quasi tutor, sed quasi curator gessit. *d. l.* 1. § 7.

III. *Corollarium ex dictis.* Pro Tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis; sive se putet tutorem; sive scit non esse, fingit tamen esse. *d. l.* 1. § 1.

Sufficit autem quod se finxerit tutorem, quamvis sit hujus muneris incapax.

Unde hac actione Etiam mulieres, si res pupillares Pro Tutore administraverint, ad præstandam rationem tenentur. *l.* 1. *Cod. h. tit.* VALERIAN. ET GALLIEN.

Proinde et si servus quasi tutor egerit, Divus Severus rescripsit; dandum in dominum judicium (2) Utile. *sup. d. l.* 1. *ff.* § 2.

Obiter observandum in hac actione PROTUTELÆ, *quod* Circa pupillum cujus tutor servus erat pronunciatus, Divus Pius rescripsit, In rebus quas ex pecunia pupilli servus comparaverat, dominum non posse uti prærogativa deductionis. Quod et in curatore observandum est. *l.* 11. *ff. de Admin. et peric. tut.* ULP. LIB. 33. AD EO.

Pro Tutore gerere videtur, non solum is qui nunquam fuit tutor, sed et is qui, quum tutor esse desierit, adhuc se fingit tutorem.

Quare si quis finita (3) tutela Pro Tutore negotia impuberis gessit, tenebitur. *l.* 1. § 4. ULP. LIB. 36. AD EO.

Sed etsi prius Pro Tutore administraverit, deinde quasi tutor; æque tenebitur ex eo quod Pro Tutore administravit: quamvis devolvatur hic gestus in Tutelæ actionem (4). *d. l.* 1. § 5.

IV. Quæro an is qui, quum tutor testamento datus esset et id ipsum ignoraret, Pro Tutore negotia pupilli gesserit quasi tutor; an quasi Pro Tutore negotia gesserit, teneatur? Respondit: non puto teneri quasi tutorem; quia scire quoque se tutorem esse debet, ut eo affectu negotia gerat quo tutor gerere debeat. *l.* 3. JAVOLEN. LIB. 5. EPISTOLAR.

§ 2. *Quum plures Pro Tutore gesserunt, quatenus quisque teneatur.*

V. Curatores testamento vel tutores inutiliter dati neque Decreto Prætoris confirmati, negotia gesserunt. Vice mutua periculum præstare coguntur; cum officium sponte citra Juris adminiculum, inierint; et qui fuit idoneus (5), Decretum Prætoris curatores vel tutores constituentis implorare debuerit (6). *l.* 39. § 9. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

§ 3. *Quando actio* Protutelæ *moveri possit; et quæ in ea veniant.*

VI. *Hæc actio quandocumque competit. Igitur* Cum eo qui Pro Tutore negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse nulla dubitatio est; quia tutor non est. *l.* 1. § 3. ULP. LIB. 36. AD EO.

Similiter Paulus: Cum curatore (7) et Protutore, etiam manente administratione agi potest. *l.* 26. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 24. AD ED.

VII. Sed utrum solummodo in id quod gessit tenebitur, an vero in id etiam quod gerere debuit? Et, si quidem omnino non attingit [a] tutelam, non tenebitur: neque enim attingere debuit, qui tutor non fuit. Quod si quædam gessit, videndum an etiam eorum quæ non gessit teneatur? et hactenus tenebitur, si alius gesturus fuit.

Sed etsi cognito quod tutor non fuit, abstinuit se administratione; videamus an teneatur, si necessarios pupilli non certioravit ut ei tutorem peterent? Quod verius est. *sup. d. l.* 1. § 9.

Circa ea autem quæ gessit is Qui pro Tutore

(1) Sed tenebitur *Utili Negotiorum gestorum* actione, qua curatores tenentur.

(2) Actionem PROTUTELÆ *de Peculio.*

(3) Puta, ad diem datus erat.

(4) Duabus igitur eo nomine actionibus tenebitur, et *Protutelæ*, et *Tutelæ* quod postea tutor factus a se non exegerit.

(5) Id est, qui fuit solvendo.

(6) Sibi scilicet imputare debet, quod cum eis qui non erant solvendo administrationem susceperit; nec adiverit Prætorem qui minus idoneos rejecisset, et his duntaxat qui idonei erant dedisset tutelam.

(7) Hoc quomodo de curatore accipiatur, vid. supra Tit. *de Tutel. et rat. distr.* Sect. 3. § 1. in Notis.

[a] *Haloand.* attigerit.

negotia gerit, eamdem fidem et diligentiam præstat quam tutor præstaret. *l.* 4. POMPON. LIB. 16. AD Q. MUCIUM.

In Protutelæ judicio, usuræ quoque veniunt. *d. l.* 1. § 8.

§ 4. *De privilegio hujus actionis.*

VIII. Non solum tutelæ privilegium datur in bonis tutoris, sed etiam ejus qui Pro Tutela negotium gessit; vel ex curatione pupilli pupillæve, furiosi furiosæve debebitur; si eo nomine cautum non sit. *l. fin. ff. de Tutel. et rat. distr.* HERMOGEN. LIB. 5. JURIS EPITOM.

ARTICULUS II.

De contraria actione Protutelæ.

IX. Ei qui Pro Tutore negotia gessit, Contrarium judicium competit. *l.* 5. ULP. LIB. 10. AD ED.

Et quidem ad exemplum contrariæ actionis TUTELÆ, *de qua ita Ulpianus :* Hæc actio non solum tutori, verum etiam ei qui Pro Tutore negotia gessit, competere debet. *l.* 1. § 1. *ff. de Contr. Tutel. act.* ULPIAN. LIB. 36. AD ED.

In hoc autem differt ab actione Tutelæ *Contraria, quod hæc finita demum tutela datur.* Sed si pro Tutore negotia gessit, vel etiam Curam administravit, locus erit judicio etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit. *l.* 1. § 3. *ff. de Contr. Tutel. act.*

ARTICULUS III.

Cui actioni locus sit ex gestu Tutoris posthumo dati.

X. Testamento datus posthumo tutor, nondum est tutor nisi posthumus edatur; datur tamen adversus eum (1) substituto pupilli (2) Negotiorum gestorum actio (3). Sed si partus editus fuerit, deinde hic tutor priusquam quicquam gereret (4), remotus a tutela fuerit; et hic eadem actione (5) tenebitur. Si quid plane gessit post editum partum; de eo quoque quod ante gessit, Tutelæ judicio tenebitur (6) : et omnis administratio in hac actione veniet. *l.* 19. § 2. *ff. de Testam. tutel.* ULP. LIB. 35. AD ED.

Hoc autem, non de Directa Negotiorum gestorum *actione accipe; sed de Utili.*

Ita enim Paulus : Posthumo tutor datus, non dato posthumo, neque TUTELÆ quia nullus pupillus est; neque PRO TUTORE, quia nulla significatio (7) est; neque NEGOTIORUM GESTORUM judicio tenetur, quia administrasse negotia ejus qui natus non esset non videtur : et ideo UTILIS in eum actio dabitur. *l.* 24. *ff. de tut. et rat. distr.* PAUL. LIB. 2. SENTENT.

(1) Qui tutor scriptus erat posthumo; et donec nasciturus ... perraretur, negotia hereditaria gessit.

(2) Id est, ei qui posthumo substitutus est.

(3) Gesserat antequam posthumus natus esset : adeoque antequam tutela ejus potuisset esse delata. Ex quo autem natus est posthumus, nihil gessit donec a tutela remotus sit.

(4) *Negotiorum gestorum.*

(5) Ratio est; quia edito partu jam tutor factus, debuit a se exigere quod ex præcedenti sua administratione debebat.

(6) Scilicet si posthumus non nasceretur.

(7) Nulla umbra tutelæ, cum desit subjectum cujus tutela geri potuerit.

TITULUS VI.

QUOD FALSO TUTORE AUCTORE GESTUM ESSE DICATUR.

I. CUM egissent superiore Titulo Pandectarum ordinatores de actionibus Protutelæ *quæ ex administratione falsorum Tutorum nascuntur; hinc ansam arripiunt agendi in hoc Titulo de iis quæ ab istis Falsis Tutoribus aut iis auctoribus gesta sunt.*

Quis autem Falsus Tutor? Paulus respondit, Falsum Tutorem eum vere dici qui tutor non est sive habenti tutor datus est sive non : sicut falsum testamentum, quod testamentum non est; et modius iniquus, qui modius non est. *l.* 121. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 10. RESPONS.

Videndum 1.° *de inutilitate gestorum a Falso Tutore;* 2.° *de Edicto circa hæc gesta.*

SECTIO I.

De inutilitate eorum quæ a Falso Tutore gesta sunt.

II. *Gesta a Falso Tutore qui se pro tutore gerebat, nullius sunt roboris.*

Hinc Si is qui Pro Tutore negotia gerebat (quum tutor non esset) rem pupilli vendidit, nec ea usucapta (1) est; petet eam pupillus, quanquam ei cautum (2) est. Non enim eadem hujus quæ tutoris est, rerum pupilli administratio. *l.* 2. *ff. de Eo qui pro tutor.* CELSUS LIB. 25. DIGEST.

(1) Potuit enim usucapi, postquam pupillus pupillarem ætatem excessit.

(2) Per cautionem *Rem pupilli salvam fore.*

Hoc multo magis obtinebit; si Protutor ille non sit solvendo.

Hinc Scævola. A matre datus testamento tutor, cum putaret se tutorem esse, distraxit bona materna et paterna pupillorum, et decessit non solvendo (1): quæritur an pupillus res possit vindicare? Respondi, si maneant res pupilli, vindicari ab eo posse. *l.* 47. § 3. *ff. de Admin. et peric. tut.* Lib. 2. Respons.

Simili ratione Falsus Tutor actiones pupilli in judicium non deducit; ut rescribunt Diocletianus et Maximianus. Non utiliter nominatus tutor, pupillorum nomine agendo, licet ex eorum persona injunctas impleat intentiones, exceptione Si tutor non est summovetur. *l.* 2. *Cod. de Eo qui pro tutor.*

Inutiliter etiam Falsus Tutor pupillo contrahenti aut agenti auctoritatem accommodat; ut ex infra dicendis liquebit.

SECTIO II.

De Edicto Prætoris circà gesta Falso Tutore auctore.

III. Hujus Edicti æquitas non est ambigua, ne contrahentes decipiantur dum Falsus Tutor adhibetur. *l.* 1. Ulpian. lib. 12. ad Ed.

Verba autem Edicti sunt (*d. l.* 1. § 1.):

QUOD EO AUCTORE QUI TUTOR NON FUERIT (gestum erit)... SI ID ACTOR IGNORAVIT, DABO IN INTEGRUM RESTITUTIONEM.

Novissime Prætor ait: IN EUM QUI QUUM TUTOR NON ESSET, DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE DICETUR, JUDICIUM DABO: UT QUANTI EA RES ERIT, [IN] TANTAM PECUNIAM CONDEMNETUR. *l.* 7. Ulp. lib. 12. ad Ed.

Videndum circa hoc Edictum, quando huic locus sit, deinde cui et adversus quem actio ex hoc Edicto competat, et ad quid detur; necnon de actione Utili *quæ ad hujus instar datur.*

ARTICULUS I.

Quando huic Edicto locus sit.

Ex verbis Edicti, liquet tria potissimum requiri ut huic locus sit: 1.° Eo auctore qui tutor non fuerit, gestum esse; 2.° Ut dolo auctoritatem suam accommodaverit; 3.° Ut is qui eo auctore eum pupillo contraxit, deceptus fuerit ignorans eum Falsum Tutorem esse.

§ 1. *Oportere gestum esse eo auctore qui tutor non fuerit.*

IV. Quod eo auctore (inquit) qui tutor non fuerit. *sup. d. l.* 1. § 1.

Intelligitur autem tutor non fuisse, etiam is qui fuit quidem tutor, sed is qui auctor esse non poterat: quales sunt honorarii tutores. Hinc Ulpianus: Verbis Edicti multa desunt. Quid enim si fuit tutor; is tamen fuit qui auctoritatem accommodare non potuit? puta furiosus, vel ad aliam regionem datus. *d. l.* 1. § 2.

Multo magis Protutor non videtur tutor. Unde Pomponius scribit, Etiamsi Pro Tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilominus hoc Edictum locum habere; nisi forte Prætor decrevit ratum se habiturum id quod his auctoribus gestum (2) est: tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipso Jure. *d. l.* 1. § 5.

Falsum Tutorem intelligimus, non solum pupilli, sed etiam ejus qui in tutela esse non potest. Sed et si quis filiæfamilias auctor factus sit ad contrahendum, tenetur.

Idemque Juris est, si ancillæ quis tutore auctore credidisset. Nam omnibus istis modis propter tutorem decipitur is qui contraxit; qui aliter cum impubere contracturus non fuit, quam si tutoris auctoritas intercessisset. *l.* 11. § 2. Ulp. lib. 35. ad Ed.

V. Item hoc Edictum, licet singulariter scriptum sit, si tamen plures intervenerint qui tutores non erant, tamen locum habere debere Pomponius libro 30 scribit. *sup. d. l.* 1. § 4.

Scilicet quum nemo ex his tutor erat. Sed Pomponius libro 30 scribit, interdum quamvis a non tutore gestum est, non pertinere ad hanc partem Edicti. Quid enim si duo tutores, alter Falsus, alter verus, auctoritatem accommodaverint? Nonne valebit quod gestum est? *d. l.* 1. § 3.

§ 2. *Oportere ut dolo malo auctor fuerit Falsus Tutor.*

VI. Qui dolo malo auctoritatem accommodavit, tenebitur hoc Edicto. *sup. d. l.* 11. § 1.

Igitur Non semper tutor convenitur nec sufficit, si sciens auctor fuit; verum ita demum si dolo malo auctor fuit. Quid si compulsus, aut metu ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit? nonne debebit esse excusatus? *l.* 7. § 1. Ulp. lib. 12. ad Ed.

Consonat quod Julianus libro 21 Digestorum tractat; An etiam in patrem debeat dari hæc actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit? Et magis probat patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit. Affectu enim propensiore, magis quam dolo malo id videri fecisse. *l.* 11. § 3. Ulp. lib. 35. ad Edict.

§ 3. *Oportere ut is qui contraxit, deceptus fuerit; dum ignoraret Falsum Tutorem esse qui auctor esset.*

VII. Ait Prætor: Si id actor ignoravit, dabo

(1) Idem tamen Juris obtineret, et si solvendo decessisset.

(2) Id est, nisi Prætor specialiter jussisset ut pupillus eo auctore contraheret, et decrevisset se hoc ratum habiturum. Et hic specialis casus est quo valet gestum falso tutore auctore.

IN INTEGRUM RESTITUTIONEM. Scienti non subvenit. Merito: quoniam ipse se decepit. *l.* 1. § 6. ULP. LIB. 12. AD ED.

SI IN (inquit) ACTOR IGNORAVIT. Labeo: Etsi dictum sit ei, et bona fide non crediderit. *l.* 2. PAUL. LIB. 12. AD ED.

Interdum tamen, etsi scientia noceat, tamen restitutio facienda erit; si a Prætore compulsus est ad judicium accipiendum. *l.* 5. ULP. LIB. 12. AD EDICT.

Item Minori viginti quinque annis succurretur (1), etiamsi scierit. *l.* 4. PAUL. LIB. 12. AD EDICT.

Plane si is sit qui auxilio non indiget, scientia ei non nocet: ut puta, si pupillus cum pupillo egit. Nam cum nihil actum (2) sit, scientia non nocet. *l.* 3. ULP. LIB. 12. AD ED.

Hoc ita, quum pupillus sine tutore contraxit. Quod si tutore auctore: hoc casu Pupilli scientia computanda non est; tutoris computanda (3). Utique (4) etsi pupillo cautum sit, melius dicitur rem suam restitui pupillo, quam incertum cautionis eventum eum spectare. Quod et Julianus, si alias circumventus sit pupillus, respondit. *l.* 6. PAUL. LIB. 12. AD ED.

ARTICULUS II.

Cui et adversus quem, et ad quid, detur actio ex hoc Edicto; necnon de actione Utili quæ ex eodem Edicto competit.

VIII. 1.° *Actio ex hoc Edicto datur ei qui cum pupillo inutiliter egit aut contraxit, adversus tutorem qui pupillo auctor fuit.*

Et quidem Falsus Tutor, qui in contrahendo auctor minori duodecim vel quatuordecim annis fuerit, tenebitur IN FACTUM actione; propter dolum malum; cujuscumque conditionis fuerit, vel sui juris vel alieni. *l.* 11. ULP. LIB. 35. AD ED.

2.° Si plures sint qui auctores fuerunt; perceptione ab uno facta et cæteri liberantur, non electione. *l.* 7. § 4. ULP. LIB. 12. AD ED.

Et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest, Sabinus scribit. *l.* 8. PAUL. LIB. 12. AD ED.

3.° Has IN FACTUM actiones heredibus quidem competere cæterisque successoribus, in eos vero non reddi; Labeo scribit; nec in ipsum, post annum: quoniam et factum puniunt, et in dolum concipiuntur (5). Et adversus eas personas quæ alieno juri subjectæ sunt, Noxales erunt. *l.* 9. § 1. ULP. LIB. 12. AD ED.

IX. Quod ait Prætor QUANTI EA RES ERIT; magis puto non pœnam, sed veritatem his verbis contineri. *sup. d. l.* 7. § 2.

Nimirum Si Falso (6) Tutore actum sit, et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset. *l.* 10. GAIUS LIB. 4. AD ED. PROVINC.

Pomponius libro 30 recte scribit, Etiam sumptuum in hoc judicio rationem haberi, quos facturus est actor Restitutorio agendo. *l.* 7. § 3. ULP. LIB. 12. AD EDICT.

X. Hujus actionis exemplo Pomponius libro 31 scribit, Dandam actionem (7) adversus eum qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius. *l.* 9. ULP. LIB. 12. AD ED.

Alter casus est quo huic Utili actioni locus est; de quo ita Ulpianus. Ex eo quod interrogatus tutorem se esse respondit, nulla eum actione teneri: si tamen cum tutor non esset, responso suo in aliquam captionem adolescentem induxit, Utilem (8) actionem adversus eum dandam. *l. fin.* ULP. LIB. 1. RESPONS.

(1) Non ex hoc Edicto, Sed ex generali Edicto DE MINORIBUS; ut recte censet Cujacius, quem vid. ad h. l. *Comment.* in Pauli librum XII AD EDICT.

(2) Si pupillus cum alio pupillo cui falsus tutor auctor erat, ipse sine sui tutoris auctoritate contraxit; restitutione non indiget, *cum nihil actum sit*, nec potuerit obligari.

(3) Scilicet ut quamvis pupillus sciverit, nihilominus restituatur si tutor ejus ignoravit. Quod si tutor scivit: prima facie videtur pupillum non esse restituendum; si tutor ejus, qui eo nomine teneretur ei actione *Tutelæ*, sit solvendo. Sed mox hanc sententiam emendat.

(4) Jam hic emendat quod dixerat, tutoris scientiam esse computandam. Imo (inquit) nec pupilli nec tutoris scientia obstabit, quominus pupillo succurratur; et quidem etiam eo casu quo cautum esset pupillo adversus tutorem qui solvendo esset.

(5) *Puniunt factum* Falsi tutoris qui *Dolo malo* auctoritatem suam interposuit: quod factum, est quædam delicti species. Ideo, quemadmodum et cæteræ actiones ex jurisdictione Prætoris descendentes, non dantur post annum in eum qui deliquit; et si servus sit qui Pro Tutore se gesserit, *Noxales erunt* sicut ex cæteris servorum delictis.

(6) Species legis hæc est. Habebam actionem aliquam temporalem adversus pupillum; vel pupillus rem meam possidebat. Egi cum illo Falso tutore auctore: rem in judicium non deduxi; et sic nihilominus exiit dies meæ actionis; nihilominus pupillus rem meam usucepit. Agam ex hoc Edicto adversus falsum tutorem qui me decepit, actione IN FACTUM; in qua actione mihi incumbet onus probandi rem meam fuisse, aut mihi fuisse a pupillo debitum, perinde ac si cum pupillo vero tutore auctore egissem.

(7) *Utilem* scilicet. Directa enim competit adversus eum duntaxat, qui ipse dolo auctor fuit.

(8) Directa datur extraneo quem falsus tutor, dum se fingit tutorem, decepit. Hæc *Utilis* ipsi pupillo datur, qui ipse ex tali fictione in captionem incidit: puta si, dum ille falso se respondet tutorem, is qui verus tutor fuit (et quem adolescens utiliter potuisset convenire, nisi esset falso alterius responso deceptus) postea facultatibus lapsus est.

TITULUS VII.

DE FIDEJUSSORIBUS ET NOMINATORIBUS, ET HEREDIBUS TUTORUM ET CURATORUM.

Supra expositum est quatenus tutores aut curatores ex administratione tutelæ aut Curæ teneantur. Jam videndum, quatenus teneantur eorum Heredes, necnon Fidejussores et Nominatores.

ARTICULUS I.

De Heredibus Tutorum et Curatorum.

I. Tutelæ actio tam heredibus, quam etiam contra successores competit. *l.* 12. *Cod. Arbitr. tutel.* Dioclet. et Maxim.

Et alibi iidem Imperatores rescribunt. Si pater tuus quem privigni sui tutelam administrasse proponis testamento recte facto, pupillo etiam quondam suo herede instituto, decessit : quoniam, nonnisi pro portione hereditaria, Tutelæ petitionem confusione constet extingui; pro residua parte succedentem patri, tutelæ te convenit apud competentem judicem reddere rationem. Qui secundum bonam fidem, eorum etiam quæ patrem tuum in rem ejus erogasse dicis, admissa compensatione reliqui, si quid amplius debetur, faciet condemnationem. *l.* 3. *Cod. de Contr. jud. tut.*

II. *Quænam autem venire dicemus in hac actione* Tutelæ *adversus heredes Tutoris ?*

1°. Quod penes tutorem fuit, Heres quoque ejus reddere debet.

Quod apud pupillum is (1) reliquit, si Heres capit, non quidem crimine caret ? sed extra tutelam est; et Utili (2) actione hoc reddere compellitur. *l.* 1. § 1. Pompon. lib. 17. ad Sabin.

Nec solum de ipsa pecunia quæ penes tutorem fuit, Heres tenetur; verum Usuras quoque ejus pecuniæ quam pupillarem agitavit, præstare debet Heres Tutoris. Quantas autem, et cujus temporis usuras præstare debeat, ex bono et æquo constitui ab judice oportet. *l.* 4. § 2. Ulpian. lib. 36. ad Ed.

III. *Venit* 2°. *in actione* Tutelæ *adversus Heredem ut exhibeat omnia inventaria et instrumenta pupillaria ex quibus cognosci possit patrimonium pupilli.*

Verum ea in re Alio jure est tutor, alio Heres ejus. Tutor enim inventarium cæteraque instrumenta si non proferat, in litem jusjurandum adversus se potest admittere. Atenim Heres ejus ita demum, si seperta in hereditate dolo malo non exhibeat (3). *l.* 4. *Cod. de In lit. jur.* Gordianus.

Similiter Antoninus. Is qui rationem tutelæ seu Curæ reposcit, invitus in litem jurare compelli non potest (4). Sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo vel circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus Heredis convincitur : omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet. Quæ etiam argumentis liquidis investigare potest. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Licet adversus Heredes, ob non factum inventarium jusjurandum in actione Tutelæ prætermitti placuerit; judicem tamen datum velut ex dolo tutoris aliis indiciis instructum, adversus eos ferre Sententiam convenit. *l.* 5. *Cod. d. tit.*

Similiter Severus et Antoninus. Adversus Heredes tutoris ad transferendam tutelam (5) judicem accipiens, tempore litis instrumenta ad puberem pertinentia restitui desiderabis. Quod si dolo (6) non exhibeantur; in litem jurandi tibi facultas erit : modo si quondam pupillo debitam affectionem ad vincula quoque religionis (7) extendere volueris. *l.* 1. *Cod. d. tit.*

Quod si lis fuerit cum ipso tutore contestata, indistincte tenebitur Heres quemadmodum ipse tutor teneretur.

Hinc addit Gordianus. Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis; transferentibus vobis in heredes ejus actionem, Præses provinciæ partes suas exhibebit : non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus juxta formam Constitutionum partes suas debeat moderari. *sup. d. l.* 4. *Cod. d. tit.*

(1) Tutor.

(2) Non Directa : hoc enim *extra tutelam* videtur.

(3) Nam non juratur *in litem* adversus aliquem, nisi propter dolum ipsius proprium. Vid. supra lib. 12. Tit. *de in lit. jurand.* Dolus in ipso tutore præsumitur ex eo solo quod inventarium non exhibet; in herede vero non præsumitur, nisi probetur illud invenisse in hereditate.

(4) Nemo enim invitus in litem jurat. Vid. supra d. Tit. *de In lit. jur.* N. 6.

(5) *Ad transferendam* tutelarem administrationem in te curatorem quondam pupillo creatum.

(6) *Dolo* heredum proprio.

(7) Jusjurandum appellari solet, Vinculum religionis. Sensus est; *modo* jurare in litem *volueris* pro pupillo : nemo enim invitus in litem jurat.

Consonat quod Paulus respondit, Tale judicium in Heredem Tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet ut non excusetur Heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse. Nam cum ex omnibus bona fine judiciis propter dolum defuncti Heres teneatur; idem puto observandum et in tutelæ actione. Sed Constitutionibus subventum est ignorantiæ Heredum. Hoc tamen tunc observandum est, quum post mortem tutoris Heres conveniatur; non si lite contestata tutor decesserit. Nam litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur. *l.* 8. § 1. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

IV. *Venit* 3°. *in actione* Tutelæ *adversus Tutoris Heredes, quod tutor ex quavis causa pupillo debuit; quasi hoc fuerit in* Tutelæ *actionem deductum.*

Hinc Antoninus. Adversus Heredes quondam tutoris tui Tutelæ actione consiste. In judicium autem veniet etiam id quod tibi tutor ex causa fidejussionis debuit. *l.* 3. *Cod. de Hered. tut.*

V. *Venit* 4° *in actione* Tutelæ *adversus Heredes Tutoris, quod tutor dolo aut lata culpa peccavit. Cæterum* Heredes Tutorum ob negligentiam quæ non (1) latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet; si non contra tutorem lis inchoata (2) est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia præstitum sit. *l.* 1. *Cod. de Hered. tut.* SEVER. ET ANTON.

Latæ autem non levi culpæ annumeratur, si tutor administrare detrectaverit; ideoque eo nomine tenentur ejus Heredes.

Unde ita rescribit Antoninus. Pater vester tutor vel curator datus, si se non excusavit; non iden vos minus Heredes ejus TUTELÆ vel utili judicio (3) conveniri potestis, quod eum tutelam seu Curam non administrasse dicitis. Nam et cessationis ratio reddenda est. *l.* 2. *Cod. Hered. tut.*

Idem est si se excusavit quidem, sed ejus excusatio admissa non fuit. V. G. Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit. Heres ejus postea victus, præteriti temporis periculum præstabit: quia non videtur levis culpa contra Juris auctoritatem, mandatum tutelæ officium detrectare. *l.* 39. § 6. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAPINIAN. LIB. 5. RESPONS.

Generaliter etiam Alexander rescribit. Heredes eorum qui totelam vel Curam administraverunt, si quid ad eos ex re pupilli vel adulti pervenerit, restituere coguntur. In eo etiam quod tutor vel curator administrare debuit, nec administravit, rationem reddere eos debere non est ambigendum. *l.* 4. *Cod. de Hered. tut.*

Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse qui administraverunt, sæpe rescriptum est. *sup. d. l.* 2. *Cod.* § *fin. de Hered. tut.*

VI. 5°. *Denique tenentur Heredes Tutorum de proprio facto circa ea quæ connexa sunt.*

Enimvero Si Tutoris Heres exsecutus est quæ tutor inchoavit, TUTELÆ etiam eo nomine tenetur. *l.* 60. *ff. de Admin. et peric. tut.* POMPON. LIB. 8. EPISTOL.

Cum ostendimus Heredem quoque Tutelæ judicio posse conveniri, videndum an etiam propria administratio veniat in judicium? Et extat Servii sententia existimantis; si post mortem tutoris, Heres ejus negotia pupilli gerere perseveraverit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et consumpserit, vel eam pecuniam quam tutor stipulatus fuerat exegerit; Tutelæ judicio eum teneri suo nomine. Nam cum permittatur adversus Heredem ex proprio dolo jurari in litem, apparet eum judicio Tutelæ teneri ex dolo proprio. *l.* 4. ULP. LIB. 36. AD ED.

Negligentia (4) plane propria Heredi non imputabitur. *d. l.* § 1.

Consonat Pomponius. Quamvis Heres Tutoris, tutor non est; tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per Heredem (si legitimæ ætatis et masculus sit) explicari debent: in quibus dolus ejus admitti potest. *l.* 1. LIB. 17. AD SABIN.

ARTICULUS II.

De Fidejussoribus et Nominatoribus Tutorum et Curatorum.

VII. *Datur etiam pupillo finita tutela actio* Ex stipulatu *adversus Fidejussores Tutorum, in id omne cujus nomine actione* Tutelæ *teneretur tutor pro quo fidejusserunt.*

Nec solum si intercesserit stipulatio; sed etiam Fidejussores a tutoribus nominati, si præsentes fuerunt, et non contradixerunt, et nomina sua referri in Acta publica passi sunt, æquum est perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset (5).

Eadem causa videtur Affirmatorum; qui scilicet, cum idoneos esse tutores affirmaverint, fidejussorum vicem sustinent. *d. l.* 4. § 3.

Eadem etiam causa Nominatorum, qui scilicet indicaverunt Magistratui quam personam tutorem daret; postulaveruntque ut hæc persona tutor daretur.

Postulare tutorem videtur, et qui per alium postulat; item Nominare, et qui per alium hoc idem facit. *l.* 2. ULP. LIB. 39. AD SABIN.

De hac actione adversus Fidejussores Tutorum infra ex professo agetur lib. 46. *Tit.* Rem pupilli salvam fore.

(1) Male Cujacius, licet auctoritate Basilicon fretus, hanc primam negationem demit Vid. Bacovium *ad Treutlerum* volum. 2. Disput. 9. thes. 5.

(2) Hoc enim casu perinde condemnatur heres, ac defunctus (si vixisset) condemnatus fuisset; adeoque etiam levis culpæ nomine. Supra N. 3.

(3) *Negotiorum gestorum* quo tenentur curatores.

(4) Levis scilicet.

(5) Speciali Jure ita obtinet.

TITULUS VIII.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

I. In Magistratus municipales totorum nominatores; si admioistratioois fioito tempore non fuerint solvendo (1) nec ex cautione fidejussionis solidum exigi possit; popillis quondam, io subsidiom, indemoitatis nomine, actionem Utilem (2) competere ex Seoatusconsulto quod auctore Divo Trajano parente Nostro factum est, constitit. *l.* 5. *Cod. h. tit.* Diocl. et Maxim.

De hac actione videndum 1°. *Quibus casibus huic sit locus;* 2°. *Quibus et adversus quos detur;* 3°. *An ex duobus Magistratibus alter pro altero hac actione teneatur;* 4°. *Qualis sit hæc actio, et quid in ea veniat.*

§ I. *Quibus casibus huic actioni Magistratus inferiores sint obnoxii.*

II. *Magistratus huic actioni obnoxii sunt, quum satis non exegerunt a tutore quem dederunt; quamvis idoneus tunc foret.*

Nam Si Magistratus ab initio tutorem idoneum dedit, et satis non exegit, noo sufficit. *l.* 1. § 11. Ulp. lib. 36. ad Ed.

Idem et si satis exegit quidem, sed non idoneum fidejussorem accepit.

Quod si satis exegit, et idoneom exegit; quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fidejussores, nihil est quod ei qui dedit imputetur: Non enim debent Magistratus futuros casus et fortunam pupillo præstare. *d.* § 11.

Probatio autem nou pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse quum acciperentur; sed Magistratibus, ut doceant (3) eos solvendo fuisse. *d. l.* 1. § 13.

Magistratibus imputatur etiam, si omnino tutor vel curator datus non sit. Sed ita demum tenentur, si moniti non dederint. Ideo damnum quod impuberes vel adolescentes medio tempore passi sunt, ad eos Magistratus pertinere noo ambigitur qui munere maodato non paruerunt. *d. l.* 1. § 6.

Sciendum autem est, si Magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos, vel si satisdationem, data opera, traxerint qooad successores acciperent; nihil eis prodesse. *d. l.* 1. § 7.

III. *Hæc ita, non solum quum Magistratus municipales ipsi jure suo tutores curatoresve dederunt, aut ad eos pertinebat ut darent: sed item quum Præses tutorem curatoremve dedit. Nam* Si curatores fuerunt minus idonei dati, dicendum est teneri Magistratus oportere; si ex suggestu eorom vel nominibus ab eis acceptis (4), Præses dederit.

Sed et si ad eos remiserit ut ipsi dent, vel post dationem ut exigerent satisdationem; periculum ad eos pertinebit. *l.* 1. § 5.

Plane si Præses provinciæ satis eos exigere jussit; noo dubitabimus teneri eos, etiamsi Præses dederit. *d. l.* 1. § 2. § *fin.*

Denique Divus Hadrianus rescripsit, etiam in eum qui electus est ad æstimandas tutorum satisdationes, actionem dandam. *d. l.* 1. § 8.

IV. Si Præses provinciæ denuntiare Magistratus tantum de facultatibus tutorum voluit, ut ipse daret; videamus, an, et quatenus teneantur? Et extat Divi Marci Rescriptum, quo voluit eos qui Præsidi renuntiant, non perinde teneri atque si ipsi dedissent; sed si deceperunt, gratia forte aut pecunia falsa renuntiantes. *d. l.* 1. § 2.

Similiter Si Præses provinciæ nominibus ab alio acceptis, ad Magistratus municipales remiserit, ut se de nominibus instruant, et perinde instructus dederit tutores; an exemplo eorom qui Prætorem instruunt, debeant Magistratus teneri, quæritur? Utique enim interest, utrum ipsi Magistratus nomina electa dederint Præsidi, an ea quæ ab alio Præses accepit inquisierint. Et puto utroque casu sic teneri, quasi dolo vel culpa lata versati sunt. *d. l.* 1. § 3.

§ 2. *Quibus et adversus quos detur hæc actio.*

V. Non tantum pupilli, sed etiam successores eorum, Subsidiaria agere possunt. *d. l.* 1. § 4.

VI. *An etiam et tutori datur, qui pro contutore egeno condemnatus est? Ea de re ita Ulpianus.* Proponebatur duos tutores a Magistratibus municipalibus datos, cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo fecisse. Et quærebatur an

(1) Tutores scilicet.

(2) Directa actio *Tutelæ* in tutores eorumque heredes competit; in subsidium autem eorum, Utilem ad instar *Tutelæ* actionis dari in Magistratus eo casu actionem Senatusconsultum cavit.

(3) Nam probatio incumbit ei qui affirmat aliquid, non ei qui negat. Vid. supra lib. 22. Tit. *de Probat.*

(4) Vernacule diceremus: *Sur la Liste qu'ils ont fournie.*

tutor iste adversus Magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, cum sciret a contutore suo satis non esse exactum? Dicebam, Cum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad Magistratus redire posse; neque tutorem, cum nunquam tutor adversus Magistratus habeat actionem. Senatus enim consultum pupillo subvenit; præsertim cum sit quod tutori imputetur quod satis a contutore non exegit vel suspectum non fecit, si sciit (ut proponitur) Magistratibus eum non cavisse. *l.* 2. Ulp. lib. 3. disputat.

Quod si tutor ab hac parte, culpa vacet; non erit iniquum, adversus Magistratus actionem ei dari. *l.* 3. Julian. lib. 21. digest.

VII. *Hæc actio datur in Magistratus municipales, seu Duumviros.*

Si filiusfamilias fuit Magistratus, et caveri pupillo non curaverit, aut non idonee cautum sit culpa ejus; an et quatenus in patrem ejus actio danda sit, quæritur? Et ait Julianus in patrem de peculio (1) dandam, sive voluntate ejus filius Decurio factus sit, sive non. Nam etsi voluntate patris magistratum administravit; attamen non oportere patrem ultra quam De peculio conveniri: quasi (2) Rempublicam salvam solam fore promittat, qui dat voluntatem ut filius Decurio creetur. *l.* 1. § 17. Ulp. lib. 37. ad Ed.

VIII. Quod ad heredem Magistratus pertinet, extat Divi Pii Rescriptum, Causa cognita deberi dari actionem. Nam Magistratus si tanta fuit negligentia, ut omnem cautionem omitteret; æquum est haberi eum loco fidejussoris, ut et heres ejus teneatur. Si vero cavit, et tunc idonei fuerant, et postea desierunt; sicut et ipse Magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo justius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter Magistratus cum minus idoneis fidejussoribus contrahunt. *l.* 6. Ulp. lib. 1. ad Ed.

Et alibi brevius et apertius. Non similiter tenentur heredes Magistratuum, ut ipsi tenentur. Nam nec heres tutoris, negligentiæ nomine tenetur. Nam Magistratus quidem in omne periculum succedit; heres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est. *l.* 4. Ulp. lib. 3. disput.

Consonat quod rescribit Alexander. In heredes Magistratus cujus non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

IX. *Hactenus de Duumviris et heredibus eorum. In Urbe datur hæc actio in Scribam Prætoris; cui mandare solet ut de facultatibus tutorum inquirat, et satisdationes accipiat: ut liquet ex Constitutione Zenonis,* l. 6. Cod. h. tit.

Cæterum Neque Prætor, neque quis alius (3) cui tutoris dandi jus est, hac actione tenebitur. *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 37. ad Ed.

Item In Ordinem (4) subsidiaria actio non dabitur; sed in Magistratus (5).

Nec in fidejussores eorum (6). Hi enim Rempublicam salvam fore promittunt, non pupilli. Proinde nec nominatores Magistratuum ex hac causa tenebuntur, sed soli Magistratus.

Sed si Ordo receperit in se periculum; dici debet teneri eos qui præsentes fuerunt: parvi enim refert nominaverint vel fidejusserint, an in se periculum receperint. Utilis ergo in eos actio competit. Sed si a Magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per Ordinem electus. *d. l.* 1.

§ 3. *An et quatenus ambo Magistratus, alter pro altero hac actione teneantur.*

X. *Duumviri hac actione singuli in solidum tenentur. Et quidem etiam* Si inter Magistratus hoc convenerit, ut alterius tantum periculo tutores darentur; conventiones pupillo non præjudicare Divus Hadrianus rescripsit. Conventione enim Duumvirum Jus publicum mutari non potest.

Prius tamen arbitror conveniendum eum qui hoc suscepit; deinde excussis facultatibus ejus, tunc veniendum ad collegam. Quemadmodum si solus dedisset, diceremus prius eum, deinde collegam aggrediendum. *l.* 1. § 9. Ulp. lib. 37. ad Edict.

XI. *Aliquando etiam beneficium habent divisionis; ut rescribit Gordianus.* Si tu et collega tuus, quum magistratu fungeremini, minus idoneum tutorem dedistis, cautionemque idoneam non exegistis; nec alias servari pupillo indemnitas potest, et utique solvendo estis: pro virili parte, in vos actionem dari non injuria postulabis. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

Hac in re tamen interesse docet Celsus, an dolus eorum, an culpa duntaxat arguatur. Ita ille: In Magistratus qui tutorem dederunt, rogo rescribas utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit ejus qui pupillus fuit cum quo potissimum agat? Respondit: Si dolo fecerunt Magistratus ut minus pupillo caveretur; in quem vult, actio ei danda in solidum est. Sin culpa duntaxat eorum, ueque dolo malo id factum est; æquius esse existimo pro portione (7) in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit. *l.* 7. Celsus lib. 11. digest.

Quod si alteruter solvendo non est, tunc absque ulla distinctione non erit locus huic divisionis beneficio; ut in specie sequenti.

(1) *De Peculio* duntaxat. Et rationem mox subjicit: *Nam etsi, etc.*

(2) Id est, qui consentit ut filius suus creetur Magistratus, videtur quidem pro filio intercedere erga rempublicam. Unde suo nomine pater tenetur de his quæ filius debebit reipublicæ; at non de his quæ debebit pupillis.

(3) Major Magistratus; ut in provinciis Præses.

(4) Decurionum.

(5) Duumviros scilicet.

(6) Magistratuum municipalium.

(7) Data scilicet eis exceptione *Divisionis.*

Magistratus a curatoribus adulti cautionem exegerunt Rem salvam fore; ex his alter sine herede decessit. Quæro an indemnitatem in solidum collega ejus præstare debeat? Modestinus respondit, Nihil proponi cur non debeat. *l.* 8. LIB. 6. RESPONS.

§ 4. *Qualis sit hæc actio, et quid in ea veniat.*

XII. *Hæc actio subsidiaria est. Ea enim Magistratus tenetur in subsidium demum tutorum, et heredum eorum, et fidejussorum.*

Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit quo Tutelæ agi potest; sufficit. *l.* 1. § 12. ULP. LIB. 37. AD ED.

Nec refert quod postea desierit esse solvendo; ut docet Paulus in specie sequenti. Æmilius-Dexter magistratus sui tempore datis tutoribus cessaverat in exigenda satisdatione. Deinde quibusdam excusatis, a sequentibus Magistratibus Dexter tutor assumptus fuerat. Creatus conveniebatur in solidum duplici ratione; quod, quum Magistratus esset et tutores dedisset, satisdationem non exegisset. Ex diverso dictum est, licet satis exactum non esset, tamen in diem tutelæ finitæ idoneos fuisse tutores; neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere. Pronunciavit, Si in diem finitæ tutelæ idonei permansissent tutores, licet [et] satis non esset exactum, curatorum esse periculum; si minus, tutorum et Magistratuum: hoc est, tunc esse periculum ejus qui suspectum non fecisset aut satis non exegisset, quum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse. *l.* 53. *ff. de Admin. et peric. tut.* PAUL. LIB. 2. DECRET.

XIII. *Si plures fuerunt tutores qui in solidum administrationi erant obnoxii, sufficit ut vel unus solvendo fuerit.*

V. G. Duo tutores partiti sunt inter (1) se administrationem tutelæ: alter sine herede decessit. Quæsitum est; In Magistratum qui non curasset ut caveretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet? Respondi, Æquius esse in alterum tutorem dari, quam in Magistratum: debuisse enim eum, cum sciret pupillo nutum non esse, universa negotia curare; et in ea parte quam alteri tutori commisisset, similem esse ei (2) qui ad administrationem quorumdam negotiorum pupilli non accessisset. Nam et si aliquam partem negotiorum pupilli administraverit; tenetur etiam ob rem quam non gessit, cum gerere deberet. *l.* 5. JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

Consonat quod rescribit Gordianus. Adversus nominatorem (3) tutoris vel curatoris minus idonei, non ante perveniri potest, quam si (bonis nominati, itemque fidejussoris ejus, necnon collegarum ad quorum periculum consortium administrationis spectat, excussis) non sit indemnitati pupilli vel adulti satisfactum. *l.* 4. *Cod. h. tit.*

Obiter observandum; aliam causam esse eorum qui bona pupilli, tanquam bona essent Reipublicæ ad quam tunc pertinere videbantur, administraverunt. Si quis enim male administravit, et non solvendo sit; non necesse est collegas ejus excuti, ut ad Magistratum qui eum præposuit, perveniatur.

Inde species sequens. Sempronii qui ex pollicitatione debitor patriæ suæ extiterat, bona Respublica jussu Præsidis possedit. Quorum bonorum Magistratus Reipublicæ, tres curatores constituerunt (qui apud Græcos ΕΠΙΜΕΛΗΤΑΙ [id est, *curatores*] vocantur): qui postea inter se sine consensu Reipublicæ, administrationem bonorum Sempronii diviserunt. Ex quibus quidam quum reliqua traherent, idonei in ipso tempore administrationis esse desierunt. Postea pupillus heres Sempronii qui abstentus erat, ab Imperatore impetravit ut bona paterna ei restituerentur. Quæro an ex bonis eorum qui idonei sunt, indemnitati pupilli prospici debeat; cum individuum his officium Curæ a Magistratibus injunctum sit? Paulus respondit, Si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit; pro ejus portione qui idoneus non sit, Magistratus conveniri oportere (4): alia enim causa est tutorum, alia eorum qui Reipublicæ negotia administrant (5). *l.* 46. § 1. *ff. de Admin. et peric. tut.* LIB. 9. RESPONS.

(1) Citra testatoris aut Prætoris voluntatem: quapropter non ideo minus in solidum tenentur. Secus, si a Prætore aut testatore divisa esset tutela; ut vid. supra Tit. *de Tutel. et rat. distrah.* Sect. 1. art. 2.

(2) Id est, tutor qui cum contutore minus idoneo administrationem partitus est, similis est ei tutori qui quædam gessit, quædam gerere omnino omisit: perinde est enim minus idoneo gerenda relinquere, ac si quis omnino non gerat.

(3) Magistratum municipalem, qui suggessit Præsidi nomen tutoris quem Præses daret.

(4) Imo in l. 26. ff. *de Negot. gest.* supra lib. 3. *d. tit.* N. 27. dicitur hoc damnum ad heredem pertinere? Solve: In d. l. 26. curator qui solvendo decessit, demum postquam jam heredi restituta esset hereditas, desiit esse solvendo. Sibi igitur imputet heres, qui tunc eum quum posset non convenit. In hac vero specie, in ipso tempore administrationis antequam pupillo restitueretur hereditas, desiit esse solvendo: nihil igitur potest imputari pupillo; et debet pupillo teneri Magistratus, qui culpa sua pupillo nocuit, dum eorum bonorum administrationi minus idoneum curatorem præfecit.

(5) Id est, eorum qui administrant bona pupilli, non tanquam tutores sed tanquam administratores negotiorum Reipublicæ ad quam hæc bona (antequam pupillus restitutus fuisset) pertinere videbantur. Eorum, inquam, alia causa est atque tutorum. Videbatur tamen eamdem eorum causam esse debere (et hæc erat ratio dubitandi quam tangit Paulus) quod *individuum his officium Curæ a Magistratibus injunctum sit*; atque hinc colligit Gordianus in l. 2. Cod. *Quo quis ordin. conven.* eos quibus aliqua Reipublicæ administratio sine honore in solidum commissa est, adeo in solidum alterum pro altero teneri, ut non prius ad Magistratum qui eos nominavit deveniatur quam excussis utriusque facultatibus. Sed respondendum est, ita quidem fore, si Reipublicæ erga quam se ita obligaverunt reddendam administrationis suæ rationem haberent: verum cum ex eventu, non Reipublicæ, sed pupilli negotia gesserint; et sic respectu hujus pupilli sint meri negotiorum gestores (quorum alter pro eo quod alter gessit non tenetur; ut vid. supra lib. 3. Tit. *de Negot. gest.* N. 37 et N. 41.): hinc recte Paulus ait, aliam eorum esse causam atque tutorum.

XIV. *Eadem veniunt in hac actione quæ veniret in actione* Tutelæ *adversus ipsos tutores.*

Tamen An in Magistratus actione data, cum usuris sors exigi debeat, an vero usuræ peti non possint (quoniam constitutum est pœnarum (1) usuras peti non posse) quæsitum est? Et rescriptum est a Divis Severo et Antonino, Et usuras peti posse: quoniam eadem in Magistratibus actio datur, quæ competit in tutores. *l.* 9. Modestin. lib. 4. Pandect.

Hoc tamen minus habet hæc actio quam actio Tutelæ; *quod* Privilegium in bonis Magistratus pupillus non habet: sed cum cæteris creditoribus partem habiturus est. *l.* 1. § 14. Ulp. lib. 37. ad Ed.

(1) Videtur autem peti hac actione a Magistratu, quasi pœnæ nomine, quod pupillo ex ratione tutelæ abest.

TITULUS IX.

DE REBUS EORUM QUI SUB TUTELA VEL CURA SUNT, SINE DECRETO NON ALIENANDIS VEL SUPPONENDIS.

I. Postquam *fuse egerunt Pandectarum ordinatores de administratione Tutelæ et Curæ, et actionibus quæ ex hac administratione descendunt; jam ad ea transeunt quæ hujus administrationis excedunt terminos. Hujus generis potissimum est alienatio aut hypotheca certarum rerum ad pupillos aut Minores pertinentium, quæ Legibus distrahi prohibentur.*

Enimvero Imperatoris Severi Oratione (1) prohibiti sunt tutores et curatores prædia rustica vel suburbana distrahere. *l.* 1. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Quæ Oratio in Senatu recitata est, Tertyllo et Clemente Consulibus, Idibus Juniis. *d. l.* 1. § 1.

Et sunt verba ejus hujusmodi: « Præterea, » PATRES CONSCRIPTI, interdicam tutoribus » et curatoribus ne prædia rustica vel suburbana » distrahant, nisi ut id fieret parentes testamento » vel codicillis caverint. Quod si forte æs alienum » tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit ex» solvi; tunc Prætor Urbanus vir Clarissimus » adeatur, qui pro sua religione æstimet quæ pos» sint alienari obligarive debeant, manente pupillo » actione si postea potuerit probari obreptum esse » Prætori. Si communis res erit, et socius ad di» visionem provocet, aut si creditor qui pignori » agrum a parente pupilli acceperit, jus exse» quetur; nihil novandum censeo ». *d. l.* 1. § 2. Ulp. lib. 35 ad Ed.

Ad hanc materiam sequentes potissimum pertinent quæstiones: Quæ res minorum alienari prohibeantur; et quas personas, quasve alienationes prohibitio spectet: Ex quibus causis Magistratus Decreto suo has alienationes permittat; et quæ concurrere oporteat ut alienatio ex hoc Decreto facta valeat: denique quis sit effectus prohibitionis.

ARTICULUS I.

Quæ res Minorum alienari prohibeantur; et quæ Alienationes.

§ 1. *Quarum rerum interdicatur Alienatio.*

II. *Jure Pandectarum, ex Oratione Divi Severi quam modo retulimus, prædia rustica et suburbana* (2) *prohibentur alienari.*

Quid Si jus ΕΜΦΥΤΕΥΤΙΚΟΝ vel ΕΜΒΑΤΕΥΤΙΚΟΝ [*id est, superficiei*] habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse; quamvis jus prædii potius (3) sit. *l.* 3. § 4. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Similiter rescribunt Diocletianus et Maximianus. Etiam vectigale vel patrimoniale seu Emphyteuticum prædium sine Decreto Præsidis distrahi non licet. *l.* 13. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.*

Item Si lapidicinas, vel quæ alia (4) metalla pupillus habuit, stypteriæ (5) vel cujus alterius materiæ, vel si creti-fodinas, argenti-fodinas, vel quid aliud huic simile: *sup. d. l.* 3. § 6.

(Quod tamen privatis licet possidere. *l.* 4. Paul. lib. sing. ad Orat. D. Sever.)

Magis puto ex sententia Orationis impediri alienationem. *l.* 5. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Sed et si salinas habeat pupillus, idem erit dicendum. *d. l.* 5. § 1.

(1) Ante hanc Constitutionem hoc licuisse tutoribus et curatoribus colligere est ex l. 47. § 1. ff. *de Minorib.* in qua proponitur curator vendidisse prædia, sibi et his quorum curam gerebat communia.

(2) Secus de Urbanis. Vid. supra Tit. *de Admin. et peric. tut.* Art. 4.

(3) Quam prædium.

(4) Ergo etiam *Metallorum* appellatione lapides continentur. Quod constat etiam ex Epigrammate in statuam Pescennini-Nigri apud Spartianum.

(5) Id est, Aluminis; sic dicti quod potentissime astringit.

III. Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat; dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse. Ea enim qua quasi pupillaris [vero] distractus est, venditio valet (1). *d. l.* 5. § 2.

At Si fundus pupillo pignoratus sit, an vendere tutores possint? Et puto. Hunc enim quasi debitoris, hoc est alienum, vendunt.

Si tamen impetraverat pupillus vel pater ejus ut jure dominii possideant; consequens erit dicere, non posse distrahi quasi prædium pupillare.

Idemque et si fuerit ex causa damni infecti jussus possidere (2). *d. l.* 5. § 3.

IV. *Ex Constitutione Constantini; et prædia urbana, et mancipia, et cætera mobilia pretiosa, quorum venditio Jure Pandectarum non solum permissa sed imperata erat, similiter prohibentur distrahi: eaque duntaxat quæ servata perirent, necnon animalia supervacua, alienanda sunt. l.* 13. *Cod.* de Præd. et aliis reb. Min.

§ 2. *Quæ Alienationes interdicantur.*

V. *Alienationes prohibentur, quocumque titulo fiant.*

Hinc Valerianus et Gallienus. Non solum per venditionem rustica prædia vel suburbana pupilli vel adolescentis alienare prohibentur: sed neque transactionis ratione, neque permutatione, et multo magis donatione vel alio quoquo modo ea transferre sine Decreto a dominio suo possunt. Igitur et tu, si fratribus per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes: sed et si quid invicem ab eis eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes. *l.* 4. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.*

Ergo nec in solum dari res Minorum potest. Unde ita Diocletianus et Maximianus. Si minor vigintiquinque annis, prædium rusticum, quum aliud deberes, sine Decreto in solutum dedisti; dominium a te discedere non permittit Senatusconsulti auctoritas. *l.* 15. *Cod. d. tit.*

Sed nec titulus sponsalitiæ largitatis, a prohibitione excipitur.

Ita enim iidem Imperatores: Prædia rustica quæ contra Senatusconsultum data esse ante nuptias, sponsaliorum nomine, precum tuarum confessio ostendit; cum proprietas ad te propter Juris interdictum transire non potuerit, in dominio mariti permansisse palam est. *l.* 8. *Cod. d. tit.*

Fundum autem legatum repudiare pupillus sine Prætoris auctoritate non potest: esse enim et hanc Alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat. *l.* 5. § 8. Ulp. lib. 35. ad Ed.

VI. *Alienationis nomine etiam in hac prohibitione continentur, constitutio cujuslibet juris in rebus Minorum; aut amissio juris ipsis quæsiti in re aliena.*

Igitur Nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit ususfructus pupilli.

An ergo hic nec Non utendo amittatur, si tutor causam præbuerit hujus rei (3)? Et manifestum est restaurari debere.

Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare; quamvis Oratio nihil de usufructu loquatur.

Simili modo dici potest nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti: quod et in fundo dotali placuit. *l.* 3. § 5. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Similiter hypotheca in rebus Minorum prohibetur.

Et quidem Si minor viginti-quinque annis emit prædia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori; non puto pignus valere. Nam ubi dominium quæsitum est Minori, cœpit non posse obligari. *l.* 1. § 4. Ibid.

Sed hic videtur illud movere quod cum dominio pignus quæsitum est: ab initio obligatio inhæsit (4). Quod si a fisco emerit; nec dubitatio est quin jus pignoris salvum sit (5). Si igitur talis species in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus est ut ex Rescripto pignus confirmetur. *l.* 2. Paul. lib. sing. ad Oration. D. Sever.

§ 3. *Quas exceptiones patiatur prohibitio.*

VII. *Vidimus regulariter omnem Alienationem rerum Minoris fieri absque Decreto Prætoris non posse.*

Excipit autem primo loco ab hac prohibitione Oratio Divi Severi, Alienationes quæ ex voluntate parentis ex cujus bonis res ad Minorem pervenerunt, fiunt.

Et ita rescribit idem Severus cum Antonino. Si probare potes patrem pupilli cujus tutores convenisti, consensisse ut reddito tibi prædio, pretium reciperet; id quod convenit, servabitur: neque enim in ea re auctoritas Præsidis necessaria est ut sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant. *l.* 1. *Cod. Quando Decreto opus non est.*

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: Prædium rusticum vel suburbanum a minore viginti quinque annis alienari sine Decreto Præsidis; nisi parentis voluntas, vel testatoris ex cujus bonis ad Minorem pervenit, super alienando

(1) Quidam legunt *non valet*. Et necessaria sane emendatio: Nisi dicatur sensum esse, eam demum venditionem valere, qua fundus *quasi pupillaris* distractus est; id est Decreto interposito. In hac autem lege vox [*vero*] abundat.

(2) Ex secundo decreto.

(3) Dum non utitur nomine pupilli.

(4) Id est, Obligatio pignoris in re empta contracta est, non ex intervallo postquam res Minoris facta est; sed *ab initio*, in ipso acquisitionis momento, et ex lege contractus. Hæc est prima ratio dubitandi. Verum ea neglecta, modo infra definit tale pignus non valere, nisi a Principe confirmetur.

(5) Supple: quidni pariter et in hac specie, in qua a privato emit? Hæc erat secunda dubitandi ratio. Responsio autem et disparitatis ratio hæc supplenda est; nimirum Pignus quod fisco constituitur, Lege constituitur citra conventionem.

eo aliquid mandasse deprehendatur; nulla ratione potest. *l.* 3. *Cod. d. tit.*

Et quidem Paulus respondit, Etsi testamentum patris postea irritum esse apparuit; tamen tutores pupilli sive curatores filii, nihil contra Orationem Divorum Principum fecisse videri; si secundum voluntatem defuncti testamento scriptam, prædium rusticum pupillare vendiderunt. *l.* 14. PAUL. LIB. 9. RESPONS.

Verum, *et* Si defunctus dum viveret res venales habuerit, testamento tamen non caverit uti distraherentur; abstinendum erit venditione. Non enim utique qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahenda putavit. *l.* 1. § 3. ULP. LIB. 35. AD EDICT.

VIII. *In Oratione excipitur* 2.° *Alienatio rei quam Minor cum alio homine communem habet, si socius ad divisionem provocet.*

COMMUNIA prædia accipere debemus, si pro indiviso communia sunt. Cæterum si pro diviso communia sint; cessante Oratione, Decreto locus erit. *l.* 5. § 16. ULP. LIB. 35. AD ED.

Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius ususfructum; magis est ut cesset hæc pars Orationis quæ de divisione loquitur: nulla enim communio est. *l.* 6. ULP. LIB. 2. DE OMNIBUS TRIBUNALIBUS.

Item oportet ut non ipse Minor socius ad divisionem provocaverit.

Hinc Si pupillorum sint communia prædia, qui diversos tutores habent; videamus an Alienatio locum habere possit? Et cum provocatio (1) necessaria sit, puto Alienationem impediri. Neuter enim poterit provocare, sed ambo provocationem expectare. Item si eosdem tutores habeant, multo magis quis impeditam Alienationem dicet. *l.* 7. ULP. LIB. 35. AD ED.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Inter omnes Minores nec commune prædium sine Decreto Præsidis sententia Senatusconsulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam provocante tantummodo Majore socio, ejus Alienationem et sine Decreto fieri jam pridem obtinuit. *l.* 17. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.*

Cum alienatio rerum quas Minor cum alio homine communes habet, eo solo quo diximus casu permittatur; hinc, An obligari communia (2) possint, quæritur? Sed non puto sine Decreto obliganda. Nam quod excepit Oratio, ad hoc tantum pertinet ut perimatur communio; non ut augeatur difficultas communionis. *l.* 8. § 2. ULP. LIB. 5. DE OMNIBUS TRIBUNAL.

IX. *Excipit* 3.° *eam Oratio alienationem quæ fit a creditore cui pater Minoris rem pignori dederat.*

Qui si pupillus ipse? Si pupillus dedit pignori ex permissu Prætoris; nonnulla erit dubitatio an Alienatio possit impediri? Sed dicendum est, posse creditorem jus suum exequi: tutius tamen fecerit, si prius Prætorem adierit. *l.* 7. § 1. ULP. LIB. 35. AD ED.

X. *Denique generaliter omnis Alienatio rerum Minoris quæ non ex nuda voluntate Minoris aut tutoris curatorisve ejus, sed ex necessitate proficiscitur, absque Decreto valet.*

Hinc Ulpianus. Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Seio, a pupillo herede instituto; an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate Prætoris? Et putem, si quidem rem suam legavit, cessare Orationem. Sin vero de re pupilli; dicendum erit, locum esse Orationi, nec inconsulto Prætore (3) posse Alienare. *l.* 5. § 4. ULP. LIB. 35. AD ED.

Sed si pater stipulanti fundum spoponderit, successeritque pupillus in stipulatum; fortius dicitur, sine Prætoris auctoritate posse eum reddere. Idemque et si jure hereditario alii successerit, qui erat obligatus. *d. l.* 5. § 6.

Eadem ratione et si parens fundum vendidit, vel quis alius cui pupillus successerit; potest dici pupillum cætera venditionis (4) inconsulto Prætore posse perficere. *d. l.* 5. § 7.

Contra Si pupillus stipulanti spoponderit, an solvere possit sine Prætoris auctoritate? et magis est ne possit: alioquin inventa erit Alienandi ratio. *d. l.* 5. § 5.

XI. Item quæri potest: Si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur; an litis æstimatio oblata Alienationem pariat? Et magis est ut pariat: hæc enim Alienatio non sponte tutorum fuit. *l.* 3. § 2. ULP. LIB. 35. AD ED.

Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit qui pupilli fuit, et contra pupillum pronunciatum; tutoresque restituerunt. Nam et hic valebit Alienatio, propter rei judicatæ auctoritatem. *d. l.* 3. § 3.

XII. *Hactenus de Alienatione.*

Similiter obligationes rerum Minoris quæ ex necessitate fiunt, absque Decreto valent. Pignus igitur quod non conventione sed Lege constituitur, recte in rebus Minorum constituetur.

Inde hæc quæstio. Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque popillo vel Minori traditus; an pignoris obligationem possit habere is cujus pecunia fundus sit emptus? Et magis est ut salvum sit jus pignoris, secundum Constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris ejus, ei pupillo cujus pecunia comparatus est (5) fundus. *d. l.* 3. *pr.*

Et quidem non solum extraneo, sed ipsi tutori fundus pupillaris recte obligatur, quum non conventio sed Lex hanc obligationem parit.

(1) Ad divisionem.

(2) An ea quæ Minor communia habet, pro parte Minoris obligari possint.

(3) Qui inspiciet an magis expediat ei hereditas quam fundus.

(4) Id est, traditionem.

(5) Vid. supra lib. 20. Tit. *In quib. caus. pign. tacit.* N. 3.

Hinc Non fit contra Senatusconsultum, si cujus tutor creditori patris pupilli exsolvit ut ejus loco succedat (1). *l.* 12. MARCIAN. LIB. SING. AD FORMULAM HYPOTHEC.

Et quemadmodum valet legale pignus: item non obstante Senatusconsulto, Pignori tamen capi jussu Magistratus vel Præsidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest.

Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Prætore quis potest; et jus pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti; et ut procedat, juberi etiam possidere poterit. Hæ enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex Magistratuum (2) auctoritate. *l.* 3. § 1. ULP. LIB. 35. AD ED.

XIII. *Uno casu obligatio rerum Minoris, quamvis nec ex Lege nec ex Magistratus auctoritate sed ex nuda conventione proficiscatur, sustinetur; non quidem ipso Jure, sed per exceptionem: scilicet quum pro ea pecunia res obligata est, quæ inservierit ad dimittendum creditorem alium qui alia res erat nexa. Ipsam autem rem quæ priori creditori nexa erat, illi cujus pecunia prior dimittitur, obligari ipso jure posse non dubitatur.*

Hoc docet Ulpianus. Si obligavit rem tutor sine Decreto; quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni Doli locus (3): sed tunc quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor. *l.* 7. § 5. ULP. LIB. 35. AD ED.

Item videndum est an et obligare ei rem possit? Et dicendum, si eamdem sortem acceperit, nec gravioribus usuris; valere obligationem (4), ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat. *d. l.* 7. § 6.

ARTICULUS II.

Quas personas spectet prohibitio.

XIV. *Quibuslibet Minoribus hæc Alienatio pignerationve interdicitur. Constantinus exceperat nuptas mulieres, modo virorum subscriptio interveniret alienationi. Sed hanc Constitutionem Imperator Julianus abrogavit. l.* 3. *Cod. Theod.* de Contrah. empt.

Ex Constitutione Justiniani; eorum qui veniam ætatis impetraverunt, hac in re dissimilis conditio non est ut cæterorum Minorum. l. 3. *Cod.* de His qui ven. ætat.

XV. *Item quibuslibet Minorum tutoribus et curatoribus hoc interdicitur. Unde etiam* Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an Prætor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est ut debeat.

Pronior tamen esse debet Prætor ad consentiendum patri. *l.* 7. § 2. ULP. LIB. 35. AD ED.

Consonat quod rescribunt Valerianus et Gallienus. Cum emancipatis vobis prædium acquisitum foret, alienari a patre eodemque curatore sine Præsidis auctoritate non potuit: maxime si tanquam suum esset, non tanquam pupillare vendiderit (5). Itaque illibata vobis persecutio ejus manet. *l.* 3. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.*

Qui neque tutores sunt ipso Jure, neque curatores; sed pro tutore negotia gerunt vel pro curatore, eos non posse distrahere res pupillorum vel adolescentium, nulla dubitatio (6) est. *l.* 8. ULP. LIB. 5. DE OMNIB. TRIBUNAL.

XVI. *De pupillis Oratio loquitur. Quid de cæteris Minoribus? Imo* Sed si curator sit furiosi vel cujus alterius non adolescentis; videndum est, utrum Jure veteri valebit venditio, an hanc Oratio nem admittemus? Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, et conjunctim tutoribus curatores accipiunt (7), pertinere. Et de cæteris puto ex sententia Orationis idem esse dicendum. *d. l.* 8. § 1.

ARTICULUS III.

Ex quibus causis Alienationes possit judex Decreto suo permittere; et quæ requirantur ut ex hoc Decreto facta Alienatio valeat.

§ 1. *Ex quibus causis permittatur Alienandi Decretum.*

XVII. Ob æs alienum tantum (8), causa cognita,

(1) Vid. supra lib. 20. Tit. *Qui potior in pign.* N. 6. ubi ex Constitutione Severi, in pignus creditoris succedit is qui ipsi pro debitore solvit hac lege ut in pignus succederet.

(2) Scilicet pignus conventionale duntaxat prohibetur; non vero judiciale, nec Prætorium.

(3) In hac specie, non eadem res cujus pignus ex pecunia novi creditoris luitur, ipsi obligatur; sed alia: quod satis ostendunt verba legis; *Rem obligavit Tutor.... et acceptam pecuniam* (ab eo ipse cui sine Decreto rem obligavit), *ei solvit* (alteri nempe) *qui sub pignore, etc.* Atqui, quum tutor pignoris nomine sine Decreto rem Minoris tradidit creditori, a quo mutuam pecuniam accepit ad luendum pignus alterius rei quæ jure erat alteri nexa; non valet quidem ipso Jure hoc pignus: verum posterior creditor per exceptionem *Doli* hanc rem retinebit. Adversatur enim bonæ fidei, ut Minor hanc rem repetat; nec reddat creditori pecuniam, ex qua factus sit locupletior, et pignus alterius rei luerit.

(4) Et quidem ipso Jure. Nam in hac specie ipsa res quæ priori creditori jure obligata erat (puta, a patre Minoris), novo creditori obligatur; sicque fit ut magis pignus prioris creditoris in novum creditorem transferatur, quam res de novo obligetur. Contra in specie præcedenti.

(5) Idem tamen foret, etsi tanquam pupillare vendidisset.

(6) Non solum enim propter Senatusconsultum; sed quia cum non sint tutores, nullam in res Minoris auctoritatem habent.

(7) *Accipiuntur*: Haloand. Sensus est: quamvis Princeps *de pupillis* loquatur, tamen cum in hac Constitutione conjungat tutoribus curatores; certe pertinet Constitutio ad omnes Minores, tam impuberes, quam adultos. Sed et de cæteris qui in Cura sunt (puta, furiosis, prodigis, etc.) puto ex sententia Orationis idem esse dicendum.

(8) Dicit *tantum*; quia hanc solam causam expressit Oratio ex qua Prætor permitteret alienationem prædiorum rusticorum Minoris. Cæterum ex sententia Orationis, etiam ex aliis necessitatis causis Prætor hoc permittit, puta ex causa dotis: ut colligere est ex l. 61. § 1. ff. *de Jur. dot.*

Præsidali Decreto, prædium rusticum Minoris provinciale distrahi permittitur. *l.* 12. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.* Dioclet. et Maxim.

Nihil autem interest an fiscale an privatum æs alienum fuerit; an a patre ipsorum, an ab ipsis contractum.

Hinc Constantinus. Si minores vel ex patris nomine vel ex suo debitis duntaxat fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii; Decreti interpositio a Constantiniano Prætore celebranda est probatis examinatisque causis: ut, patefacta rerum fide, firma venditio perseveret. *l.* 18. *Cod. d. tit.*

Quod Si æs alienum non interveniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendere, et vel alia comparare vel certe istis carere; videndum est an Prætor eis debeat permittere? et magis est, ne possit. Prætori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum si æs alienum immineat. Proinde et si permiserit, ære alieno non allegato; consequenter dicemus nullam esse venditionem, nullumque Decretum. Non enim passim distrahi jubere Prætori tributum est, sed ita demum si urgeat æs alienum. *l.* 5. § 14. Ulp. lib. 35. ad Ed.

XVIII. *Quid igitur* Si fundus sit sterilis vel saxosus, vel pestilens; videndum an Alienare eum non possit? Et Imperator Antoninus et Divus pater ejus in hæc verba rescripserunt: « Quod allegatis infructuosum esse fundum quem vendere vultis, movere nos non potest; cum utique pro fructuum modo pretium inventurus sit ». *l.* 13. Paul. lib. sing. ad Orationem D. Severi.

§ 2. *Quæ requirantur ut Alienatio rerum Minoris ex Decreto judicis facta valeat.*

Ut ex causa æris alieni aliisve æque necessariis, Alienatio rerum Minoris Decreto Magistratus facta valeat; quatuor concurrere oportet: nimirum 1.° Ut Magistratus fuerit competens; 2.° Ut causa cognita Decretum intervenerit; 3.° Ut non obreptum sit Magistratui; 4.° Ut tutor curatorve alienando, Decreti fines non fuerit egressus.

Prima conditio: Ut Magistratus sit competens.

XIX. *Ea in re Magistratus est competens, in cujus territorio res alienanda sita est; ut liquet ex* l. 16. Cod. *de Præd. et aliis reb. Min.* infra N. 25.

Interdum tamen, etsi in ejus territorio res sita non est, competendum esse judicem docet Ulpianus. Illud quæri potest, Si Prætor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat quod fecit? et putem valere, si modo tutela Romæ agebatur; et hi tutores eam quoque administrationem subierant. *d. l.* 5. § 12. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Certe venia ab ipso Principe impetrata æquipollet Decreto judicis competentis.

Unde Valerianus. Illud requirendum est, an adito principe Saturninus vir Clarissimus specialiter jus venditionis acceperit. Ad instar enim Præsidalis Decreti concessio Principalis accedit. *l.* 2. *Cod. Quand. decret. opus.*

Secunda conditio: Ut causæ cognitio interveniat.

XX. Si prædia Minoris vigenti quinque annis distrahi desiderentur; causa cognita, Præses provinciæ debet id permittere.

Idem servari oportet, et si furiosi vel prodigi vel cujuscumque alterius prædia curatores velint distrahere. *l.* 11. Ulp. lib. 3. de Officio Proconsulis.

Hinc Carus, Carinus et Numerianus rescribunt. Minorum possessionis venditio per procuratorem delato ad Prætorem vel Præsidem provinciæ libello (1) fieri non potuit; cum ea res confici recte aliter non possit, nisi apud Acta causis probatis quæ venditionis necessitatem inferant, Decretum solenniter interponatur. *l.* 6. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.*

XXI. *Jam vero quæ in causæ cognitione versentur, docet Ulpianus. Ita ille:* Non Passim tutoribus sub obtentu æris alieni permitti debuit venditio. Namque non esse viam eis distractionis tributam: et ideo Prætori arbitrium hujus rei Senatus dedit; cujus officio imprimis hoc convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri. Quærere ergo debet an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus quæ conveniri possunt, vel in fructibus conditis, vel etiam in redituum spe atque obventionum. Item requirat num aliæ res sint præter prædia quæ distrahi possunt, ex quorum pretio æri alieno satisfieri possit. Si igitur deprehenderit non posse aliunde exsolvi, quam ex prædiorum distractione; tunc permittet distrahi: si modo urgeat creditor, aut usurarum modus parendum æri alieno suadeat. *l.* 5. § 9. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Idem Prætor æstimare debebit utrum vendere potius, an obligare permittat; necnon illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione prædiorum fenoris, quam quod opus sit ad solvendum æs alienum, aut distrahendum arbitrabitur; ne propter modicum æs alienum magna possessio distrahatur: sed si sit alia possessio minor vel minus utilior pupillo, magis eam jubere distrahi quam majorem et utiliorem. *d. l.* 5. § 10.

XXII. Imprimis igitur quoties desideratur ab eo ut permittat distrahi, requirere debet eum qui se instruat de fortunis pupilli; nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia asseverare Prætori solent necesse esse distrahi possessiones vel obligari. Requirat ergo necessarios pupilli vel parentes vel libertos aliquos fideles, vel quem alium qui notitiam rerum pupillarium habet: aut si nemo inveniatur, aut suspecti sint qui inveniuntur, jubere debet edi rationes itemque synopsim (2) bonorum pupillarium; Ad-

(1) *Sur une simple permission du Juge au bas d'une Requête.*

(2) *Un bref Etat.*

vocatumque pupillo dare qui instruere possit Prætoris religionem an assentire venditioni vel obligationi debeat. *d. l.* 5. § 11.

Ne tamen titulo tenus tutores ære alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt; oportebit Prætorem curare ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere, denuntiatorem qui ei renuntiet, pecuniam istam ad hoc conversam propter quod desiderata est Alienatio vel obligatio. *d. l.* 5. § 13.

Tertia conditio : Ut non obreptum sit judici.

XXIII. Etsi Præses provinciæ decreverit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum prædium; tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem ejus probare possit, Senatus reservavit. Quam exercere tu quoque non vetaberis. *l.* 5. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.* Valerian et Gallien.

Similiter Ulpianus. Manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse Prætori.

Sed videndum est utrum In rem an In personam dabimus ei actionem? Et magis est ut In rem (1) detur non tantum In personam adversus tutores sive curatores. *l.* 5. § 15. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Quarta conditio : Ut tutor fines Decreti non fuerit egressus.

XXIV. *Alienatio rerum pupilli ex Decreto judicis facta, ita valet si tutor in alienando fines Decreti non fuerit egressus.*

Hinc Ulpianus. Si Prætor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra : an valeat quod actum est? Et mea fert opinio, cum qui aliud fecit quam quod a Prætore decretum est, nihil egisse. *l.* 7. § 3. Ulp. lib. 35. ad Ed.

Quid ergo si Prætor ita decrevit, Vendere obligarve permitto? An Possit liberum arbitrium habere quid faciat? Et magis est ut possit; dummodo sciamus Prætorem non recte partibus suis functum. Debuit enim ipse statuere et eligere, utrum magis obligare an vendere permittat. *d. l.* 7. § 4.

ARTICULUS IV.

De effectu prohibitionis alienandi sine Decreto.

XXV. *Hujus prohibitionis effectus est, ut cum Alienatio nullas vires habeat, res alienatas pupillus vindicare cum fructibus possit.*

Hinc Diocletianus et Maximianus. Si prædium rusticum vel suburbanum (quod ab urbanis non loco, sed qualitate (2) secernitur) in pupillari ætate constituta, tutore auctore, vel adulta sine Decreto Præsidis Provinciæ in qua situm est, venumdedisti; secundum sententiam Senatusconsulti, dominium ejus sive jus a te discedere non potuit; sed vindicationem ejus et fructuum, vel his non existentibus, Condictionem competere constitit. *l.* 16. *Cod. de Præd. et aliis reb. Min.*

Adversus quemcumque autem possessorem, nunc vindicationem competere patet; ut iidem rescribunt.

Possessiones tuæ rusticæ vel suburbanæ sine cognitione causæ et interpositione Decreti contra Senatusconsultum alienatæ nec a secundo emptore recte tenentur, nisi statutum temporis spatium (3) intercesserit. *l.* 3. *Cod. Si quis ignorans*, etc.

Fructus tamen a bonæ fidei possessore non condicentur.

Hinc Gordianus. Si contra Amplissimi Ordinis Decretum possessiones tuæ distractæ sunt; conveni earum possessorem : ut, si ita probaveris gestum, et possessio retrahatur et fructus universi revocentur : si non bona fide emptorem fuisse qui emit, constiterit. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

XXVI. *Cum Alienatio sine Decreto facta omni destituatur effectu; consequens est Minorem qui rem ita alienatam vindicat, non necesse habere ut doceat se læsum fuisse.*

Hinc Diocletianus et Maximianus. Si quidem sine Decreto, Minor annis patronus tuus rusticum prædium venumdedit : supervacuum est de vili pretio tractare; cum Senatusconsulti auctoritas retento dominio, alienandi viam obstruxerit. Si vero jure interposito Decreto venditionem vili pretio ejus possessionis cujus vires ignorabat, fecit : juxta Perpetui Edicti auctoritatem in integrum restitutio causa tamen cognita ei præbetur (4). *l.* 11. *Cod. de Præd. et aliis reb. Min.*

XXVII. *Observandum ab hac vindicatione rerum quæ sine Decreto alienatæ sunt, Minorem exceptione Doli excludi; si non refundat quod ex pretio in rem suam versum est.*

Unde Paulus. Quanquam autem neque distrahere neque obligare tutor pupillare prædium possit; attamen Papinianus, libro 5 Responsorum, ait (Tutorem [rem] pupilli sine Decreto Prætoris non jure distrahere) : Si tamen (inquit) errore lapsus vendiderit, et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit; quandoque domino prædium cum fructibus vindicanti, Doli non inutiliter opponitur exceptio; pretium ac medii temporis usuras quæ creditoribus debentur non offerenti, si ex cæteris ejus facultatibus æs alienum solvi non poterit.

Ego autem notavi : Etsi solvi potuerit; si tamen illæ res salvæ erunt, ex quarum pretio æri alieno

(1) Quasi nullius momenti sit talis alienatio, quæ ex Decreto per obreptionem impetrato intervenit.

(2) Prædium enim non *rusticum*, sed *urbanum* dicitur quod ad habitationem destinatum est; quamvis non in urbe, sed ruri ædificium sit.

(3) Ad usucapiendum.

(4) Interpositio Decreti non obstat restitutioni in integrum. Nec obstat quod cessat restitutio adversus solutionem ex Decreto factam : casus enim specialis est; quia æquum non foret ut, qui invitus solvit, iterum solvere cogeretur.

satisfieri potuit; dicendum est adhuc Doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno. *l.* 13. § 1. PAUL. LIB. SINGUL. AD ORATIONEM DIVI SEVERI.

Similiter Diocletianus et Maximianus. Emptor autem si probare potuerit ex cæteris facultatibus, obedire te moneribus sive oner[illegible] [illegible] tuas cessisse pecuniam quam pretii nomine sumpseras : Doli Exceptionis auxilio pretium cum usuris quas præstitura esses, et sumptus meliorati prædii, servare tantummodo potest. *sup. d. l. 16. Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.*

De pretio autem non tenetur Minor ultra quod in rem ipsius versum est.

Hinc iidem Diocletianus et Maximianus. Prædiorum quæ sine Decreto alienata sunt dominium tibi persequenti, Præses opem feret. Apud quem si illuxerit, non universa pretia quæ curatori tuo data sunt in patrimonium tuum processisse; pro ea duntaxat pecuniæ parte te conveniri permittet; quam in facultates tuas erogatam esse constiterit. *l.* 10. *Cod. d. tit.*

XXVIII. *Excluditur etiam exceptione, si Major factus ratam habuit alienationem.*

Hinc Gordianus. Si sine Decreto Præsidis prædia tua a tutore tuo alienata sunt; nec speciali confirmatione (1), vel (si bona fide possessor fuisset) statuti temporis excursu id quod perperam est actum, fuerat stabilitum : Præses provinciæ possessionem in jus tuum retrahet. *l.* 2. *Cod. si maj. fact.*

Si tamen in hac ratihabitione, ultra dimidiam justi pretii læsus est; poterit restitui.

Sic accipe quod rescribit idem Gordianus. Cum proponas curatorem patris tui non interposito Præsidis Decreto, prædium rusticum heredi creditoris seu tutori ejus destinasse venumdare; eamque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuisse: si minore pretio distractum est prædium, et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperam venditioni consensum dedisse constiterit; non abs re erit superfluum pretii in compensationem deduci. Quod Præsidis provisione fieri convenit; cujus solertiæ congruum est, si diversa pars bonam fidem non amplectatur, *in arbitrio ejus ponere an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut fenebris pecunia cum competentibus usuris restituatur. l.* 1. *Cod. d. tit.*

Speciali confirmationi seu ratihabitioni æquipollet quod refert Ulpianus. Scilicet Illicite post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis prædio venumdato, si eo nomine apud judicem TUTELÆ vel UTILIS (2) actionis æstimatio facta est, eaque soluta : vindicatio prædii ex æquitate inhibetur. *l.* 10. ULP. LIB. 6. OPINION.

Ex constitutione Justiniani ratihabitio præsumitur, ex silentio Minoris aut heredis ejus per quinquennium ex quo Major factus est. Tamen si res titulo donationis quæ non sit Propter-nuptias *facta, alienata sit; non excludetur Minor ex solo lapsu quinquennii, sed duntaxat per longi temporis possessionem.* l. 3. Cod. *Si maj. fact.*

XXIX *Maxime autem excluditur Minor; si, postquam Major factus est, res a bonæ fidei possessore fuerit usucapta, aut longo tempore possessa; ut jam vidimus. Idem adhuc docet Gordianus.* Si ea quæ in jura tutoris hereditario vel honorario titulo successit, possessionem tuam vendiderit : si ut pupillarem distraxit; emptor qui sciens a tutoris herede mercatus est, cum officium morte finiatur (3), alienam rem comparando, de temporis intervallo nullam potuit acquirere defensionem. Si vero ut suam distraxit, ignoransque rem alienam emptor comparavit; neque statim per traditionem possessionis dominus effectus est: sed tantummodo adversus te statuti temporis (cum te legitimæ ætatis esse non diffitearis), potest uti præscriptione. *l.* 1. *Cod. Si quis ignorans, etc.*

Item Diocletianus et Maximianus. Quoniam adversus emptorem (4), ad quem ex persona ejus cui contra Senatusconsultum donata res est justo titulo interveniente, ea res de qua lis est transitum fecit : requirere oportebit, an præsente priore domino et Majore effecto, sine controversia, bona fide, decennio vel absente viginti annis, qui quæstionem patitur, Possessor fuisse monstretur. Quod si apud gravitatem tuam manifeste constiterit; sine ulla cunctatione habita, longi temporis præscriptione petitorem oportebit excludi. *l.* 4. *Cod. d. tit.*

XXX. *Illud superest observandum quod, quamvis nullas vires habeat Alienatio prædii pupillaris quod tibi tutor aut curator vendidit; tamen* Pignora sane quæ ob evictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligavit, non prohiberis persequi. *l.* 9. *Cod. de Præd. et aliis reb. Minor.* § *fin.*

(1) Ratihabitione.

(2) *Curationis causa.*

(3) Tutor possessionem rusticam aut suburbanam alienare non potest. Multo magis; *cum officium ejus morte finiatur*, tutoris heres quamlibet rem pupillarem alienare non potest.

(4) Supple : actio petitur.

TITULUS X.

DE CURATORIBUS FURIOSO, ET ALIIS EXTRA MINORES, DANDIS.

Absoluta *tractatione de Tutelis et de Cura Minorum transeunt Pandectarum ordinatores ad alias Curæ species; et maxime ad eam speciem Curatorum qui aliis personis dantur* Extra Minores. *Pauca subjunguntur de his Curatoribus qui bonis duntaxat custodiendis dantur.*

ARTICULUS I.

De Curatoribus qui Furioso et similibus personis, præter Minores, ad bona ipsorum administranda dantur.

Circa hanc Curatorum speciem videndum: 1.° Ob quæ animi aut corporis vitia Curatores dentur, et quibus personis; 2.° Quotuplex sit horum Curatorum species; et qui possint ex hac causa Curatores dari; 3.° Agemus de administratione hujus Curationis; expendemusque quam vim habeant ab his Curatoribus gesta; 4.° Quæremus de actionibus quæ ex hac Curatione descendunt; 5.° Quando hæc Curationis species finiatur.

§ 1. *Propter quæ animi aut corporis vitia Curatores dentur, et quibus personis; et quatenus ea vitia probari oporteat.*

I. Curatores, impleta legitima ætate, prodigis vel Furiosis solent tribui. *l.* 1. *Cod. de Curat. furios.* Antoninus.

Prodigos intelligimus quibus per Prætorem bonis interdictum est.

Moribus per Prætorem his bonis interdicitur hoc modo: Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem TIBI EA RE (1) COMMERCIOQUE INTERDICO. Paul. sentent. *lib.* 3. *tit.* 5. § 9.

Circa hujus interdictionis effectum Julianus scribit, Eos quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem; quia in bonis non habeant (2), cum eis diminutio sit interdicta. *l.* 10. Ulpian. lib. 16. ad Edict.

Nec solum maribus, sed Et mulieri (3) quæ luxuriose vivit (4), bonis interdici potest. *l.* 15. Paul. lib. 3. sentent.

II. Sed et aliis dabit Proconsul Curatores qui rebus suis superesse non possunt, vel dari jubebit. Nec dubitabit filium quoque patri Curatorem dari (5). *l.* 2. Paul. lib. 1. de officio Proconsulis.

Circa eos qui rebus suis superesse non possunt, nota quod Cæco Curator dari non potest, quia sibi procuratorem instituere potest. Paul. sentent. *lib.* 4. *tit.* 12. § *fin.*

III. Observare Prætorem oportebit ne cui temere, citra causæ cognitionem plenissimam, Curatorem det; quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis Curatore accepto onera civilia detrectent. *l.* 6. Ulp. lib. 1. de omnibus tribunalib.

Cæterum hac in re pro certa probatione habebitur judicium patris. His consequens est ut et, si prodigo Curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequi debeat Prætor (6), eumque dare Curatorem. Sed utrum omnimodo; an ita, si futurum esset ut (nisi pater aliquid testamento cavisset) Prætor eis bonis interdicturus esset? et maxime si [illegible] habeat iste prodigus?

Potuit tamen pater et alias (7) providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse, et exheredasset filium; eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii (8) sui: aut si non habebat in potestate nepotes (quoniam emancipato jam filio nati fuissent), sub conditione eos heredes instituere Ut emanciparentur a patre prodigo. Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus (9)?

(1) Cujacius legit *ære*: quod non probat Schultingius.

(2) Id est, non habere videntur; scilicet quoad disponendi facultatem.

(3) An hoc accipiendum de his duntaxat mulieribus quæ ex speciali privilegio suæ tutelæ essent? an de omnibus mulieribus puberibus; quia, cum res nec mancipi possent sine tutorum suorum auctoritate alienare, necessaria eis etiam erat bonorum interdictio ne eas res prodigerent?

(4) Id est, profuse; *luxuriose vivere*, hic nihil est aliud quam prodigum esse; ut Fornerius noster recte notavit.

(5) Vid. infra N. 9.

(6) Non est quidem jure datus: nulla enim est curatio testamentaria; ideoque a Prætore dandus est hoc casu Curator. Sed in eo dando debet Prætor sequi voluntatem patris.

(7) Aliter quam per interdictionem bonorum.

(8) Ut ostendat hanc exheredationem ex officio pietatis proficisci; adeoque non possit testamentum ejus rescindi per querelam *Inofficiosi*.

(9) Concludendum relinquit; non posse aliter hoc casu testatorem plene providere nepotibus suis, quam si curet patri ipsorum tanquam prodigo curatorem dari.

Sed per omnia (1) judicium testatoris sequendum est; ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus, propter aliquod forte suum vitium, idoneum putaverit. *l.* 16. §§ 1, 2 *et* 3. TRYPHONIN. LIB. 13. DISPUTAT.

IV. *His qui illis vitiis laborant, ita demum Curatores dantur si patresfamilias sint; non si filiifamilias, quamvis peculium castrense habeant: ut ex Tertulliani Jurisconsulti sententia definivit Justinianus.* l. 7. Cod. h. tit.

Item his demum propter hæc vitia Curatores dantur, qui minorem ætatem egressi sint. Enimvero Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cœperint; in ea causa sunt ut in tutela nihilominus durent. Quæ sententia Quinti quoque Mucii fuit, et a Juliano probatur. Eoque Jure utimur ut cesset Cura, si tutelæ ætas indigeat. Quare si tutores habeot, per furorem io Curam non rediguntur sive non habent et furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt: quia Lex XII Tabularum (2) ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat. *l.* 3, *ff. de Tutel.* ULP. LIB. 37. AD SABIN.

Quia autem in pupillorum persona agnatos Curatores non admittimus: idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso sed ut adolescenti dari, quasi ætatis esset impedimentum. Et ita definiemus, Ei quem ætas Curæ vel tutelæ subjicit, non esse necesse quasi dementi quæri Curatorem: et ita Imperator Antoninus Augustus rescripsit; cum magis ætati quam dementiæ tantisper sit consulendum. *d. l.* 3. § 1.

§ 2. *Quotuplex sit horum Curatorum species; et quinam dari possint.*

V. Curatores aut Legitimi sunt, id est qui ex Lege XII Tabularum dantur; aut Honorarii, id est qui a Prætore constituuntur. ULP. FRAGM. *tit.* 12. § 1.

Lex XII Tabularum furiosum itemque prodigum cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum. *d. tit.* § 2.

Sic enim habet ea Lex: SI FURIOSUS AUT PRODIGUS EXISTAT, AST EI CUSTOS NEC ESCIT (3); AGNATORUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAVE EJUS POTESTAS ESTO.

Ex Constitutione Anastasii; fratres emancipati quoad hanc curationem, sicut et quoad fratrum suorum hereditatem, jura Agnatorum habent. l. 5. Cod. h. tit.

Et hæc quidem de legitimis.

VI. *Altera Curationis Furiosorum, prodigorum, similiumve personarum species, est dativa seu Honoraria, quæ ex jurisdictione Prætoris descendit.*

De illa idem Ulpianus: Lege XII Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed (4) solent hodie Prætores vel Præsides, si talem hominem invenerint qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit; Curatorem ei dare exemplo furiosi. *l.* 1. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Ea de re parentes etiam interdum Principem adibant.

Nam et Divus Pius matris querelam de filiis prodigis admisit; ut Curatorem accipiant, in hæc verba: « NON EST NOVUM quosdam, etsi mentis suæ » videbuntur ex sermonibus compotes esse; tamen » sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi sub» veniatur his, deducantur in egestatem. Eligendus » itaque erit, qui eos consilio regat. Nam æquum » est prospicere nos etiam eis qui, quod ad bona » ipsorum pertinet, Furiosum faciunt exitum ». *l.* 12. § 2. *ff. de Tut. et curat. dat.* ULP. LIB. 3. DE OFFICIO PROCONS.

VII. *Huic dativæ curationi tunc locus est, quum legitima cessat. Exemplum affert idem Ulpianus:*

A Prætore constituitur Curator quem ipse Prætor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona. His enim ex Lege curator dari non poterat: cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento (5) heres factus sit patri; libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. ULP. FRAGM. *tit.* 12. § 3.

Item dativæ Curationi locus est, quum is ad quem legitima Cura pertinet, non est habilis.

Hinc Sæpe ad alium e Lege XII Tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Prætor administrationem dat: scilicet quum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur. *l.* 13. GAIUS LIB. 3. AD ED. PROVINC.

Creatur Curator ex Constitutione Justiniani, Romæ a Præfecto Urbi solo, si plebeius sit cui curator dandus est; si autem Nobilis, debet Præfectus Urbi convocare Senatum. In provinciis autem creatur curator apud Præsidem coram Episcopo et tribus primatibus civitatis. l. 7. *et* l. 27. Cod. de Episc. aud.

VIII. *Curatio testamentaria nulla est. A patre tamen curator his personis datus, a Magistratu confirmandus est.*

V. G. Si furioso puberi quanquam majori

(1) Hic jam respondet quæstioni supra propositæ.

(2) Quum de furiosis loquitur, quibus curatores dari oportet: infra N. 5.

(3) Id est, curator ei non existat.

(4) Supple; eumque cui ita bonis interdictum erat, Lex jubebat esse in curatione Agnatorum Gentiliumve. De casu autem quo nec agnatos nec gentiles ullos haberet in quorum curatione esse posset, tacuerat Lex: *sed hodie, etc.*

(5) Quare Legitima cura tunc demum locum habet, quum furiosus extitit heres ab intestato patri? Nimirum cum forte hunc casum expressisset Lex, non crediderunt Jurisconsulti posse eam ad alium casum porrigi.

annorum viginti quinque, curatorem pater testamento dederit; eum Prætor dare debet, secutus patris voluntatem. Manet enim ea datio curatoris apud Prætorem; ut Rescripto Divi Marci continetur. *l.* 6. TRYPHONINI LIB. 13. DISPUTAT.

Similiter constituit Justinianus ut curator quem parens Furioso heredi instituto vel exheredato dederit, confirmetur absque ulla satisdatione, paterno testimonio sufficiente; Romæ, a Præfecto Urbi, in provinciis apud Præsidem præsente episcopo et tribus civitatis primatibus. sup. d. l. 7. et l. 27. Cod. de Episc. aud.

IX. His qui in ea causa sunt ut superesse rebos suis non possint, dare Curatorem Proconsulem oportebit.

Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare. Quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit patrem a filio regi; attamen Divus Pius Justio Celeri, item Divi Fratres rescripserunt, Filium, si sobrie vivat, patri curatorem daodum magis quam extraneum. *l.* 12. *pp.* et § 1. *ff. de Tut. et curat. dat.* ULP. LIB. 3. DE OFFIC. PROCONS.

Et alibi: Curatio autem ejus cui bonis interdicitur filio negabatur permittenda: sed extat D. Pii Rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit. *l.* 1. § 1. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Similiter Foriosæ matris curatio ad filium pertinet. PIETAS ENIM PARENTIBUS, ET SI INÆQUALIS EST EORUM POTESTAS, ÆQUA DEBEBITUR. *l.* 4. ULPIAN. LIB. 38. AD SABIN.

At Virum uxori mente captæ Curatorem dari non oportet (1). *l.* 14. PAPIN. LIB. 5. RESPONS.

§ 3. *De administratione horum Curatorum; et quam vim obtineant ab his gesta.*

X. *Administrationi horum Curatorum hæc prævia sunt:* 1.° *Ut satisdent; nisi a patre furiosi fuerint nominati, aut eis tanquam satis locupletibus remissa sit;* 2.° *Ut inventarium faciant. Addidit Justinianus: et jurent apud Acta, se recte officio functuros.* l. 27. Cod. de Episc. aud.

Antequam his satisfecerit Curator; si quid gesserit, nullum est. Si tamen in rem furiosi hoc versum fuerit, sustinebitur; ut in specie sequenti.

Curator dementi datus Decreto interposito nti satisdaret, non cavit; et tamen quasdam res de boois ejus legitimo modo alienavit. Si heredes dementis easdem res vindicent quas Curator alienavit, et exceptin opponetur SI NON CURATOR VENDIDERIT; replicatio dari debet, AUT SI SATISDATIONE INTERPOSITA SECUNDUM DECRETUM VENDIDERIT. Quod si pretio accepto Curator creditores furiosi dimisit; triplicatio Doli tutos possessores præstabit. *l.* 7. § 1. JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

Item Cum dementis coratorem quia satis non dederat, et res male administraret, Proconsul removerit a bonis, aliumque loco ejus substituerit Curatorem: et hic posterior, quum nec ipse satisdedisset, egerit cum remoto Negotiorum gestorum; posteaque heredes dementis cum eodem Negotiorum gestorum agant, et is exceptione Rei judicatæ inter se et curatorem utatur: heredibus replicatio danda erit, AUT SI IS QUI EGIT SATISDEDERAT. Sed an replicatio curatori (2) profutura esset, judex æstimabit. Nam si curator sequens, pecuniam quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi vertisset; Doli triplicatio obstabit. *d. l.* 7. § 2.

XI. *Postquam his quæ diximus satisfecerit curator, administrare debet.*

Hæc autem administratio porrigitur, non solum ad ea bona quæ furiosus habet quum ei Curator creatus est; sed et ad ea quæ postea ei adveniunt, quorum pariter curator Inventarium facere debet. Igitur si qua furioso hereditas defertur; si quidem ejus cui furiosus suus heres est, nulla dubitatio est; si autem extranei, dubitabatur olim quomodo furioso acquiri posset. Justinianus autem constituit ut hoc casu ad officium curatoris pertineat bonorum possessionem, quæ antea ex Decreto dabatur (3), *agnoscere furiosi nomine.* l. 7. Cod. de Episc. aud.

Ad officium etiam hujus Curatoris pertinet revocare si quid furiosus, antequam ei curator daretur, alienavit.

Hinc Gordianus. Si pater tuus mentis compos non est, pete ei Curatores: per quos, si quid gestum est quod revocari oporteat, causa cognita in pristinum statum restitui (4) possit. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

Denique Coosilio et opera Curatoris toeri (5) debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi. *l.* 7. JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

XII. *Vidimus quæ complectatur administratio his Curatoribus demandata.*

Quædam autem hujus administrationis fines excedunt.

V. G. Ab agnato vel alio Curatore Foriosi, rem furiosi dedicari non posse constat. Agnato

(1) Ne deducantur nuptiæ in casum prohibitum; prohibentur enim nuptiæ inter curatorem et eam quæ in ejus curatione est: et ua, si quandoque resipuerit mulier, vir auctoritate maritali abutatur ne (ut par est) rationes administrationis reddat.

(2) Recte Cujacius Observ. XXV. 37. pro *curatori* legendum censet *heredibus*. Hanc lectionem ratio contextus demonstrat.

(3) De qua vid. Tit. *de Bonor. poss. quæ fur.* infra lib. 37.

(4) Furiosus enim etiam priusquam habeat curatorem, nihil utiliter gerere potest, cum non habeat voluntatem: et ea in re furiosus differt a prodigo.

(5) Passive.

enim furiosi non usquequaque competit rerum ejus alienatio; sed quatenus negotiorum exigit administratio. *l.* 19. MARCELL. LIB. I. DIGEST.

Item Curator Furiosi nullo modo libertatem præstare potest; quod ea res ex administratione non est. Nam in tradendo ita res Furiosi alienat, si id administrationem negotiorum pertineat. Et ideo si donandi causa alienet; neque traditio quicquam valebit, nisi ex magna utilitate Furiosi hoc cognitione judicis faciat. *l.* 17. GAIUS LIB. I. DE MANUMISSIONIBUS.

Item eo demum casu Pignus a Curatore Furiosi datum valet; si utilitate Furiosi exigente id fecit. *l.* 11. PAUL. LIB. 7. AD PLAUT.

Denique Orationis Divi Severi beneficium, quo possessiones rusticas sine Decreto Præsidis pupillorum seu adolescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non injuria etiam ad agnatum Furiosi porrigitur. Si igitur citra Decretum Præsidis fundus mente capti etiam ab agnato ejus tibi pignori nexus est; vinculum pignoris in eo non constitit. Utilem tamen adversus eum personalem actionem, si ob ejus utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris habere (1). *l.* 2. *Cod. h. tit.* GORDIANUS.

XIII. *Ex dictis patet quam vim et auctoritatem habeant ab his Curatoribus gesta. Nimirum curator Furiosi similiumque personarum, ex gestu suo obligare res ipsarum et alienare potest. Hoc ita, si habeat animum gerendi negotium Furiosi. Nam* Curator Furiosi rem quidem suam quasi Furiosi tradere poterit, et dominium transferre (2): rem vero Furiosi, si quasi suam tradat, dicendum ut non transferat dominium: quia non Furiosi negotium gerens tradidit. *l.* 10. § 1. ULP. LIB. 16. AD ED.

XIV. *Quum autem plures Curatores sunt, quæsitum est an ratum sit quod ab uno gestum est? V. G.* Quæsitum est, an alteri ex Curatoribus Furiosi recte solvetur, vel an unus rem Furiosi alienare possit? Respondi, Recte solvi; eum quoque qui ab altero ex Curatoribus fundum Furiosi legitime (3) mercaretur, usucapturum: quia solutio, venditio, traditio, facti magis quam juris (4) sunt: ideoque sufficit unius ex Curatoribus persona; quia intelligitur alter consentire. Denique si præsens sit, et vetet solvi, vetet vacuire, vel tradi; neque debitor liberabitur, neque emptor usucapiet. *l.* 7. § 3. JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

§ 4. *De actionibus quæ ex hujus Curæ administratione descendunt.*

XV. Cum Furiosi Curatore, non Tutelæ, sed Negotiorum gestorum actio est (5): quæ competit etiam dum negotia gerit: quia non idem in hac actione, quod in Tutelæ actione dum impubes est is cujus tutela geritur, constitutum (6) est. *l.* 4. § 3. *ff. de Tut. et rat. distr.* PAUL. LIB. 8. AD SABIN.

Privilegiata est actio. Etenim In bonis Curatoris, privilegium Furiosi Furiosæve servatur. Prodigus et omnes omnino, etiamsi in Edicto non fit eorum mentio, in bonis Curatoris Decreto privilegium consequuntur. *l.* 15. § 1. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

§ 5. *Quando finiatur hæc Curationis species.*

XVI. *Finito morbo, finitur hæc Curatio. Igitur V. G. Furiosus aut prodigus* Tandiu erunt ambo in Curatione, quandiu vel Furiosus sanitatem, vel illa sanos mores receperit. Quod si evenerit, ipso Jure (7) desinunt esse in potestate Curatorum. *l.* 1. § *tandiu.* ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Remisso autem furore, an Curatio finiretur; an duntaxat suspenderetur, apud Veteres disputatum fuisse tradit Justinianus. Definitque suspendi duntaxat eo casu Curationem. l. 6. Cod. h. tit.

ARTICULUS II.

De altera specie Curatorum, qui bonis duntaxat custodiendis dantur.

XVII. Dum deliberant heredes instituti adire, bonis a Prætore Curator datur. *l.* 3. ULP. LIB. 31. AD SABIN.

Item quum is qui in utero est, speratur heres; Bonorum ventris nomine Curatorem dari oportet. Eumque REM SALVAM FORE viri boni arbitratu satisdare Proconsul jubet. Sed hoc, si non ex inquisitione detur: nam si ex inquisitione, cessat satisdatio. *l.* 8. ULP. LIB. 6. DE OFFIC. PROCONS.

(1) Ut ex contractu tutoris, *Utilis* in pupillum actio datur (*supra Tit. Quando ex facto tut.*); ita hic ex contractu curatoris in mente captum.

(2) Fingendum est, Curatorem scivisse hanc rem suam esse; et vendidisse eam quasi esset furiosi, forte quia emptor soluisset emere si scivisset rem esse curatoris. Quod si curator ignorasset rem esse suam, dominium non transferret: ut vide Tit. *de Acq. rer. dom.* infra lib. 41.

(3) Decreto prius interposito. Videtur autem hæc vox *legitime* interpolata a Triboniano. Julianus enim scribebat ante tempora D. Severi, qui primus solemnitatem Decreti in alienationibus fundorum pupillarium invexit.

(4) Id est, ex ipso facto per se consistunt, nec desiderant Juris solennitatem. Ergo quæ Juris solennitatem desiderant, nimirum *Actus legitimi*, non possunt nisi per omnes curatores expediri.

(5) *Utilis* scilicet.

(6) Absurdum enim esset mortem furiosi expectandam, ut ipsi actio competere posset. Cæterum Clarissimus Struvius in sua legum conciliatione, ad h. l. scribit, Eam sic accipiendam esse, ut ex aliqua obligatione speciali adversus Curatorem agi possit, durante Cura; non ut universas Curæ rationes reddat.

(7) Ita tamen (ut interpretatur Wissenbachius) si Prætor causa cognita judicaverit eum sanos mores recepisse.

Nota : Inter bonorum ventrisque Curatorem, et inter Curatorem Furiosi itemque prodigi pupillive, magna est differentia. Quippe cum illis quidem plane rerum administratio; duobus autem superioribus sola custodia, et rerum quæ deteriores futuræ sunt venditio, committitur. *L.* 48. *ff. de Admin. et peric. tut.* HERMOG. LIB. 1. JURIS EPITOM.

Est adhuc et aliud Curatorum genus; qui neque administrandis neque custodiendis, sed distrahendis bonis dantur : de quibus vid. Tit. de Curat. bon. daud. *infra lib.* 42.

APPENDIX

AD LIBROS XXVI ET XXVII.

De Tutela feminarum puberum.

I. MULIERES *quamvis puberes, sub Tutela olim fuisse docet Ulpianus :*

Tutores constituuntur tam masculis quam feminis : sed masculis quidem, impuberibus duntaxat propter ætatis infirmitatem; feminis autem tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. ULP. FRAGM. *Tit.* 11. § 1.

Ut pupillorum, ita et feminarum tutela triplex; testamentaria, legitima, et dativa.

II. *Testamentaria dabatur ex testamento viri, permittente (per consequentias potestatis) Lege XII Tabularum, quando feminæ in manu et potestate maritorum erant. Ita autem viri mulieribus quæ post mortem virorum suorum sub tutela agnatorum suorum esse nollent, testamento dare tutores solebant; ut, ex Prudentium interpretatione, plures darentur ex quibus mulier eligeret quem sibi tutorem habere vellet. Quem usum ita belle arguit Tullius :*

Nam quum permulta præclare Legibus essent constituta, ea Jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii, Majores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum qui potestate mulierum continerentur. *Cicer.* PRO MURENA. *n.* 27.

Hic usus patet et ex illo Livii loco; ubi inter præmia data, cuidam Hispalæ Fecenniæ ob prodita Bacchanalia illud exprimitur : TUTORIS OPTIO ITEM ESSET, QUASI ET VIR TESTAMENTO DEDISSET. *lib. XXXIX.* 19.

III. *Erat et tutela feminarum* Legitima; *cui locus erat, si testamentariæ locus non esset, nec esse speraretur. Ad hanc tutelam vocabantur agnati mulieris ingenuæ, et patronus liberique patroni mulieris libertæ.*

Tutelam hanc quodammodo habebant in bonis : unde et eam cuivis in Jure cedere poterant. Ita testatur Ulpianus :

Legitimi tutores, alii tutela in Jure cedere possunt. ULPIAN. FRAGM. *Tit.* 11. § 6.

Sed hoc proprium est legitimis tutoribus.

Cedere autem tutela, testamento datus non potest. *d. tit.* § 17.

Is cui tutela in Jure cessa est, CESSICUS tutor appellatur : qui sive mortuus fuerit sive capite minutus, sive alii tutela cesserit (1), redit ad legitimum tutorem tutela. Sed et si legitimus decesserit, aut capite minutus fuerit, Cessitia quoque tutela extinguitur (2). *d. tit.* § 7.

Quantum ad agnatos pertinet, hodie Cessitia tutela non procedit : quoniam permissum erat in Jure cedere tutela feminarum (3) tantum, non etiam masculorum. Feminarum autem legitimas Tutelas Lex Claudia Sustinet (4); excepta tutela patronorum (5). *d. tit.* § 8

(1) Nam in Jure cedendo jus suum abdicat; adeoque illud amittit, quamvis nequeat illud ad cessionarium transferre : quapropter redit ad legitimum tutorem unde emanavit. Simile quid observavimus circa usumfructum supra lib. 7. Tit. *Quib. mod. usufruct. amitt.* N. 24.

(2) Per regulam, *Soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

(3) Et quidem puberum. Nam impuberum feminarum tutela nil distat a Tutela masculorum, quæ cedi non posse dicitur.

(4) Cujacius legit, *sustulit :* quæ emendatio, quamvis multis displiceat, valde mihi probabilis videtur. Non placet autem interpretatio Rævardi, Schultingii et Heineccii qui verbum illud *sustinet*, sic interpretantur, id est (inquiunt) conservat, prohibendo ne agnati ea se exuere possint eam alteri in Jure cedendo. Legem enim Claudiam nedum a Constantino sublatam, imo et ad tutelam patronorum in libertas porrectam volunt. Verum hanc eorum sententiam falsitatis arguit lex 3 Cod. *de Legit. tut.* (mox infra) ubi expresse dicitur Legem Claudiam fuisse sublatam per Constitutionem Constantini, et ea Constitutione agnatos ad tutelam feminarum vocari. Ergo Lex Claudia legitimas feminarum ingenuarum Tutelas sustulerat, quas revocavit Constantinus. Hinc ne concludas feminas viri potentes Lege Claudia factas fuisse suæ tutelæ : adhuc enim tutores eas habuisse ex Ulpiano certum est; sed dativos, non legitimos. Non enim omnem feminarum tutelam, sed legitimam duntaxat Lex Claudia sustulerat.

(5) Hæc postrema verba ad hunc § pertinent, et male præfiguntur § seq. in omnibus fere *Fragmentorum Ulpiani* Editionibus : ut recte notavit Schultingus.

IV. *Legitimam agnatorum tutelam in feminas quam Lex Claudia sustulerat, revocavit Constantinus qui sic rescribit :* In feminis tutelam legitimam consanguineus patruus non recoset. *l.* 2. Con. Theod. *de Tut et curat. creand.*

Id ab Imperatore Leone confirmatum est. Ita ille : Constitutione Divæ memoriæ Constantini, Lege Claudia sublata; pro antiqui Juris auctoritate, salvo manente agnationis jure; tam consanguineus (id est, frater quam patruus cæterique legitimi ad [pupillarum (1)] feminarum tutelam vocantur. *l.* 3. *Cod. de Legit. tutel.*

V. *Præter tutelam testamentariam et legitimam, erat etiam et dativa Feminarum puberum tutela; cujus ita mentionem facit Ulpianus :*

Lex Atilia jubet Mulieribus pupillisve non habentibus tutores (2) dari a Prætore et majore parte Tribunorum plebis. Ulp. fragm. *Tit.* 11. § 18.

Ex Lege Julia DE MARITANDIS ORDINIBUS, tutor datur a Prætore urbis ei mulieri virginive quam ex hac Lege nubere oportet; ad dotem dandam, dicendam, promittendamve, si legitimum tutorem pupillum (3) habet.

Sed postea Senatus censuit ut, etiam in provincia quoque, similiter a Præsidibus earum ex eadem causa tutores dentur. *d. tit.* § 20.

Præterea etiam in locum muti furiosive tutoris alterum dandum esse tutorem ad dotem constituendam Senatus censuit. *d. tit.* § 21.

Item ex Senatusconsulto tutor datur mulieri ei cujus tutor abest, præterquam si patronus sit qui abest. Nam in locum patroni absentis alter peti non potest; nisi ad hereditatem adeundam, et nuptias contrahendas. Idemque permisit in pupillo patroni filio. *d. tit.* § 22.

VI. *Vidimus sicut pupillorum, ita et mulierum triplicem esse tutelam. Cæterum valde differt tutela mulierum a tutela pupillorum. Enimvero, ut ait idem Ulpianus :* Pupillorum pupillarumque tutores, et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt. Mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. *d. tit.* § 25.

Sed nec prorsus in omnibus necessaria est mulieri tutoris auctoritas, in quibus necessaria est pupillo. Nam Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus : si Lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile (4) negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari (5), si rem mancipi (6) alienent. Pupillis autem hoc amplius, etiam in rerum nec mancipi alienatione, tutoris auctoritate opus est. *d. tit.* § 27.

Maxime autem ut dotem diceret vel quid circa dotem constitueret mulieri necessaria erat auctoritas tutoris.

Hinc Ulpianus : Non tantum ad dotem dandam nuptura curatores (7), verum etiam ei quoque quæ jam nupta est : sed et ad dotem augendam datur, et mutandæ quoque dotis gratia curator dari potest *l.* 7. *ff. de Tut. et curat. dat.* Ulp. lib. 1. de Omn. tribunal.

VII. *Cæterum quoad formam interponendæ auctoritatis, convenit Tutela Feminarum cum tutela pupillorum : utrobique enim in ipso negotio debet extat interponi.*

Hinc dubitatum an tutoris auctoritas recte esset interposita eo tempore quo mulier epistolam scriberet servo qua ei libertatem concedebat? Ea de re ita Jurisconsultus ille antiquus, cujus Fragmentum apud Pithœum et Schultingium :

Mulier sine tutoris auctoritate manumittere non potest, nisi li berorum (8) jus habeat : tunc enim ex Vindicta sine tutore potest manumittere. Unde si mulier absens quæ jus liberorum non habet, liberum esse jusserit; quæsitum est, si tutores ejus auctoritatem accommodent eo tempore quo epistolæ scribuntur servo a domina, an interposita auctoritas ullius momenti sit? Julianus negat. Existimat enim eo tempore debere auctoritatem præstare quo peragitur libertas : tunc autem peragi intelligitur quando servus cognoverit dominæ voluntatem. Sed Neratius-Priscus probat libertatem servo competere : sufficere enim, quando epistola scribitur, adhiberi auctoritatem tutoris : cujus sententia et Constitutione Imperatoris confirmata est. fragm. Reoul: *Ex vet. Jurisc.* § 15.

VIII. *Cum Tutela Feminarum sit specie diversa a tutela pupillorum aut pupillarum; hinc Feminæ puberi tutor quasi impuberi datus, inutiliter datur.*

Unde Scævola. Seiæ egressæ annos duodecim, Decreto Prætoris ex inquisitione datus est tutor quasi Minori. Quæro an excusare se deberet? Respondi, Secundum ea quæ proponerentur, neque excusationem necessariam esse, neque obligari quod non gereret. *l.* 26. *ff. de Tutorib. et curat. datis.* lib. 2. respons.

(1) Hæc vox a Triboniano interpolata est. Cum enim Leo mentionem hic faciat Legis *Claudiæ* quæ certe non ad pupillarum, sed ad mulierum etiam quæ majores sunt 25. annis, tutelam pertinebat; evidens est Leonem in ea Constitutione de ea tutelæ specie egisse, non de pupillarum.

(2) Neque testamentarios neque legitimos.

(3) Hæc est germana lectio quam Cujacius in ipso Originali codice Jacobi Tillii reperisse se testatur; et hanc probat Observ. XVII. 28. Agnati olim cujuscumque ætatis essent, legitimam tutelam habebant. Cum autem ob defectum consilii eam non possent gerere; dicitur in hac specie dandum a Prætore mulieri tutorem qui ipsi auctoritatem suam det, quam dare non poterat tutor ipsius utpote pupillus.

(4) Ergo negotia quæ sunt meri Juris Gentium, et in quibus nullam obligationem contrahebat, poterat sine tutore gerere; puta poterat ei solvi.

(5) Contra Senatusconsultum Claudianum. De quo vid. Tit. *De his quibus ad libert.* infra lib. 40.

(6) Ita legitur in supra dicto Archetypo codice Tilliano; teste Cujacio *Observ.* XVII. 28. Minus rectius alibi, si *mancipia.*

(7) Ita substituit Tribonianus pro *tutorem* : et similiter infra.

(8) Nam quæ habet hoc jus, fit suæ tutelæ.

IX. *Videndum superest quando finiatur hæc mulierum Tutela.*

Finitur scilicet morte tam tutoris quam mulieris, et pariter majori capitis diminutione utriusque.

Minima autem capitis diminutione tutoris, sola legitima tutela extinguebatur; ut supra vidimus lib. 26. *Tit.* 1. *circa tutelam pupillorum: mulieris vero minima capitis diminutione, quælibet ejus tutela extinguitur; cum tutela nonnisi in caput liberum cadat. Hinc quum mulier quæ in tutela erat, nuberet; si in manum viri transiret nuptiis V. G. per Coemptionem contractis, extinguebatur ejus tutela; sin, sub tutorum suorum tutela manebat.*

Item mulier ingenua trino partu, liberta quaterno, solvebatur tutela; ex Lege Julia et Papia. Hæc enim Lex, Libertas, quatuor liberorum jure, tutela patronorum liberavit. ULP. FRAGM. *Tit.* 29. § 3.

Hinc illud jam laudati veteris Jurisconsulti fragmentum: Mulier sine tutoris auctoritate libertatem dare non potest, nisi liberorum jus habeat. *d.* FRAGM. § 15.

Idem dic de his quibus aut Senatus aut Princeps jus trium liberorum concedebat, perinde ac si peperissent.

Vestales quoque erant suæ tutelæ, teste Plutarcho in NUMA; et hoc ipsis ab Augusto concessum recte conjicitur ex Dione qui ait Augustum iis tribuisse omnia quæ habebant illæ quæ ter peperissent. Dio-Cass. *lib.* 56.

X. *Hæc circa mulierum Tutelam Jure Pandectarum obtinebant. Eam autem in usu fuisse usque ad tempora Leonis liquet ex sup. d. l.* 3. *Cod.* de Legit. tut.

Sed obsoleverat penitus tempore Justiniani, qui ideo nullum hujus vestigium in Pandectis relinqui curavit.

FINIS QUARTÆ PARTIS DIGESTORUM.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS QUINTA.

LIBER VIGESIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT; ET QUEMADMODUM TESTAMENTA FIANT.

Initio *libri* 26 *Imperator a contractibus transitum fecerat ad quasicontractus; quo ex genere est tutelæ vel curationis administratio. Cum ergo heredes etiam quasi ex contractu legatariis et creditoribus hereditariis teneantur (l.* 3. *§ fin. et l.* 4. *ff.* Quibus ex caus. in poss.), *hinc ansam arripuisse videntur Pandectarum compositores, ut tractatui tutelarum subjicerent tractatum de heredibus seu de successionibus quæ vel ex Testamento vel ex Lege deferuntur. Atque ita Quinta pars Digestorum exoritur; in qua omnia Testamentorum et hereditatum jura fuse revolvere parat Imperator: ut ipse monet in Proem.* de Confirm. Digest. § 6.

I. Testamentum est voluntatis nostræ (1) justa (2) sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit. *l.* 1. Modestin. lib. 2. Pandect.

Si quæramus an valeat Testamentum; imprimis animadvertere debemus, an is qui fecerit Testamentum habuerit Testamenti factionem: deinde, si habuerit, requiremus an secundum regulas Juris Civilis testatus sit. *l.* 4. Gaius lib. 2. instit.

Hæc duo, quæ sunt primi hujus Tituli duæ partes, singulis Sectionibus dispiciemus.

SECTIO I.

Qui Testamenti factionem habeant.

II. *Testamenti factionem habent patresfamilias. Ait enim Lex XII Tabularum :* Paterfamilias uti legassit (3) super familia (4) pecuniaque (5) sua, ita jus esto.

Cum autem nemo paterfamilias possit intelligi, quin sit et Liber, et Civis, et sui Juris; hinc sequitur quod hæc tria in eo qui Testamenti factionem habet, debent concurrere.

§ 1. *De prima conditione ad Testamenti factionem requisita; id est, Libertate.*

III. Hi vero qui ad ferrum (6) aut ad bestias aut ad metallum damnantur, libertatem perdunt (7); bonaque eorum publicantur. Unde apparet amittere eos Testamenti factionem. *l.* 8. *§ fin.* Gaius lib. 17. ad Ed. provinc.

Pari ratione, Ejus qui apud hostes est Testamentum, quod ibi fecit, non valet; quamvis redierit. *d. l.* 8.

Quod si ante captivitatem Testamentum quis confecerit; quamvis captivus decesserit, valet Testamentum: quia Lex Cornelia fingit eum tunc decessisse ultimo momento quo liber ac civis fuit.

Igitur Lege Cornelia Testamenta eorum qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur (8) ac si hi qui ea fecissent in hostium potestate non pervenissent: et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. *l.* 12. Julian. lib. 42. digest.

(1) Ergo ab alieno arbitrio pendere non debet. Infra lib. 35. Tit. *de Cond. et demonstrat.*

(2) Id est, solennis et legitima.

(3) Id est, uti statuerit, decreverit, legem dixerit. Unde et vim legis habere dicitur. *Novell.* XXII. cap. 2.

(4) Romani *familiam suam*, liberos suos, velut in dominio suo perinde ac cætera bona sua habebant. Unde quædam circa illos disponendi jus habebant; tutores eis dando, heredes ipsis instituendo si ante pubertatem decederent, etc.

(5) *Pecunia* hic late accipitur pro quibusvis rebus quæ in patrimonio sunt.

(6) Alias *ad gladium* (l. 6. § 6. ff. *de Injust. rupt.*, etc. l. 25. § 3. ff. *de Acquir. vel omitt. hered.*) id est, ad gladiatorium ludum damnati: l. 1. Cod. *ad Leg. Falcid.*

(7) Fiunt enim servi pœnæ. Hodie secus ex Novell. XXII. cap. 8.

(8) Id est, vires suas retinent.

Hi autem Qui a latronibus (1) capti sunt, cum liberi manent, possunt facere Testamentum. *l.* 13. MARCIAN. LIB. 4. INSTITUT.

Sed nec ideo quis liber esse desinit, quod in custodia publica detineatur.

Hinc Si quis post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus (2) Testamentum ejus valebit (3). *l.* 9. ULP. LIB. 45. AD ED.

IV. *Quamvis soli liberi homines testandi jus habeant; ex privilegio tamen speciali quod Jure Pandectarum obtinebat*, Servus publicus Populi Romani (4) parte dimidia Testamenti faciendi habet jus. ULP. FRAGM. *tit.* 20. § *fin.*

§ 2. *Secunda conditio : Requiri ut testator sit Civis.*

V. Latinus-Junianus, item is qui Dedititiorum numero est, Testamentum facere non potest (5). Latinus quidem, quoniam nominatim Lege Junia prohibitus est : is autem qui Dedititiorum numero est, quoniam nec quasi Civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus; nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est (6) ut adversus Leges civitatis suæ testetur. ULP. FRAGM. *tit.* 20. § 14.

VI. *Similiter defectu civitatis ii qui Romanis dati sunt ab hoste* Obsides, testari non possunt; nisi eis permittatur (7). *l.* 11. ULP. LIB. 10. AD SABIN.

Enimvero Divus Commodus rescripsit, Obsidum bona, sicut captivorum, omnimodo (8) in fiscum esse cogenda. *l.* 31. *ff. de Jure fisc.* MARCIAN. LIB. 4. INSTITUT.

Sed si accepto usu Togæ Romanæ (9), ut Cives Romani semper egerint; Divi Fratres Proculatoribus hereditatum rescripserunt, sine dubitatione jus eorum ab obsidis conditione separatum esse beneficio Principali : ideoque idem jus eis servandum quod haberent si a legitimis Civibus Romanis heredes instituti fuissent. *l.* 32. *ff. de tit.* MARCIAN. LIB. 14. INSTIT.

VII. *Item defectu civitatis* Si cui aqua et igni interdictum (10) sit; ejus nec illud Testamentum valet quod ante fecit, nec id quod postea fecerit. Bona quoque quæ tunc habuit quum damnaretur, publicabuntur (11); aut si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur. *l.* 8. § 1. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

In insulam deportati in eadem causa sunt. *d. l.* 8. § 2.

Sed relegati in insulam et quibus terra Italica et sua provincia interdicitur (12), Testamenti faciendi jus retinent (13). *d. l.* 8. § 3.

Capitali Sententia damnati, quandiu appellatio pendet, capite non sunt minuti. Hinc Si quis in capitali crimine damnatus appellaverit, et medio tempore pendente appellatione fecerit Testamentum, et ita decesserit; valet ejus Testamentum (14). *l.* 13. § 2. MARCIAN. LIB. 4. INSTITUT.

VIII. *Quæsitum est de eo qui sibi mortem consciverit. Ita distinguunt Diocletianus et Maximianus:* Si is qui te cum uxore tua heredem scripsit, quando Testamentum ordinavit sanæ mentis fuit; nec postea alicujus sceleris conscientia obstrictus, sed aut impatiens doloris (15) aut aliqua furoris rabie constrictus se præcipitem dedit; ejusque innocentia liquidis probationibus commendari potest a te : adscitæ mortis obtentu postremum ejus judicium convelli non debet. Quod si futuræ pœnæ metu voluntaria morte supplicium antevertit, ratam voluntatem ejus conservari leges vetant. *l.* 2. *Cod. Qui testam. fac.*

IX. *Illud constat eum civem manere qui ad tempus apud externos degit.*

Item qui apud externos legatione funguntur, possunt facere Testamentum. *l.* 13. § 1. MARCIAN. LIB. 4. INSTITUT.

(1) Discrimen inter hostes et latrones vid in l. 24. ff. *de Captivis et postlim.*

(2) Nam si damnatus pœna capitali esset, cum civis esse desineret, testamenti factionem non haberet.

(3) An aliud est in crimine *Majestatis* et *Repetundarum*? Ait Accursius in l. 20. ff. *de Accusat.* Negat Bartolus; qui tamen fatetur, ea secunda Sententia quæ post mortem fertur, testamentum infirmari.

(4) Ita legendum. Vulgo male, *Prætorisve.* De servis publicis vid. Notam ad l. 175. *de Reg. juris.*

(5) Qui sint *Latini* et *Dedititii*, vid. supra lib. 2. Tit. *de Statu homin.*

(6) Ita emendat Cujacius : vulgo male *civitatis sciens.* Hinc etiam collige quidquid dicitur de his qui defectu civitatis testari non possunt, non esse trahendum ad peregrinos qui propriis civitatis suæ legibus vivunt, et secundum hujus leges possunt testari. Ex Constitutione autem Antonini-Caracallæ nulli amplius in orbe Romano sunt tales peregrini : ut vid. supra lib. 1. Tit. *de Stat. homin.*

(7) A Principe; puta, ipsis dato usu Togæ Romanæ : ut modo infra.

(8) *Omnimodo*; sive Testamenta fecerint, sive non. Differunt quidem quandiu vivunt, a captivis; id est, ab iis quos ex hostibus cepimus, quia obsides sunt liberi : verum mortui ab his non differunt.

(9) *Togæ*, insigne Romanorum civium. Obsides qui usum Togæ a Principe impetrarunt, non sunt quidem cives, sed pro civibus habentur; jura civium nanciscuntur, adeoque Testamenti factionem : ita ut qui ab ipsis instituti sunt, æque jure instituti videantur ac si a quovis vero cive essent instituti. Hujus Togæ Romanæ figura describitur a Rosino : *Antiquit. Roman.* V. 32.

(10) De hac pœna vid. infra lib. 48. Tit. *de Pœnis.*

(11) Secus Novell. CXXXIV. cap. fin. Vid. Tit. *de Bonis damnat.* infra lib. 48.

(12) De his variis relegationum speciebus vid. lib. 48. Tit. *de Pœnis.*

(13) Nam retinent civitatem.

(14) Quandiu enim pendet appellatio, nondum res est judicata. Reus autem qui ante rem judicatam moritur, integro statu moritur; et extinguitur omnino accusatio. Regula tamen patitur exceptionem in quibusdam criminibus; qualis est crimen *Majestatis.* De his vid. infra. lib. 48. Tit. *de Accusat.*

(15) Synopsis Basilic. addit hic *quasi vitam aversaretur*, et post verba sequentia *rabie constrictus*, addit *aut diuturno morbo detentus.*

§ 3. *Tertia conditio : Requiri ut sit sui juris qui facit Testamentum.*

X. *Igitur* Qui in potestate parentis est, Testamenti faciendi jus non habet: adeo ut, quamvis ei pater permittat (1), nihilominus tamen jure testari possit. *l.* 6. Gaius. lib 17. ad Ed. provinc.

Nam Testamenti factio, non privati, sed publici (2) Juris est; idemque forma ejus privatorum pactis non læditur. *l.* 3. Papin. lib. 14. quæst.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Filium autem qui in potestate est, Testamentum facere non posse indubitati Juris est. *l.* 3. § 1. *Cod. Qui test. fac.*

XI. Sed divus Augustus [Marcus (3)] constituit ut filius familiæ miles de eo peculio quod in castris acquisivit, Testamentum facere possit. Ulp. fragm. *tit.* 20. § 1.

Unde Papinianus. Filiusfamilias Equestri militia exornatus, et in comitatu Principum retentus, cingi confestim jussus, Testamentum de castrensi peculio facere potest. *l.* 43. *ff. de testam. mil.* lib. 6. respons.

Cæterum Jus testandi de castrensi peculio quod filiisfamilias militantibus concessum est, ad eos qui ignominiæ causa missi sunt, non pertinet; quod hoc præmii loco merentibus tributum est. *l.* 26. § 1 *ff. d. tit.* Macer lib. 2. militar.

Advocatis etiam, de peculio quasi-castrensi testari concessum fuisse supra vid. lib. 3. *Tit* de Postuland.

Idem dic de Clericis qui etiam peculium quasi-castrense habent, ut videb. Tit. de Castr. pecul. *infra. lib.* 49.

De his autem quæ extra causam peculii castrensis filiusfamilias Jure Codicis sibi non patri acquirit, tamen testari non potest : ut constituit Justinianus. l. penult. et l. fin. Cod. Qui test. fac.

§ 4. *De aliis conditionibus aut impedimentis ad Testamenti factionem.*

XII. *Vidimus nonnisi Cives qui sui Juris sunt, Testamentum facere posse. Quamvis autem quis eam Testamenti factionem quæ juris est, habeat; id est, sit paterfamilias; tamen multa in ejus persona accidere possunt quæ eum testari prohibeant.*

Et 1.° *olim, quo tempore Testamenta in Comitiis fiebant; feminas testari non potuisse patet, utpote quæ Comitiorum non erant participes. Hodie vero, ut ait Ulpianus :* Feminæ (4) post duodecimum annum ætatis Testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela (5) sunt. Ulp. fragm. *tit.* 20. § 15.

XIII. 2.° Quum Lege quis intestabilis jubetur esse; eo pertinet ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius (ut quidam putant) neve ipsi (6) dicatur testimonium. *l.* 26. Gaius lib. 21. ad Ed. provinc.

Igitur V. G. Si quis ob carmen (7) famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est ut intestabilis sit. Ergo nec Testamentum facere poterit, nec ad Testamentum adhiberi. *l.* 18. § 1. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

Simili ratione Manichæi Testamentum facere non possunt : item nec Apostatæ. l. 4 *et l.* 5. *Cod.* de Hæret. et Manich.

Intra quinquennium autem quod inofficiosi querelæ, tales eos fuisse probari oportet. l. 2. *l.* 3 *et l.* 4. *Cod.* de Apostat.

Cæteri hæretici possunt quidem testari : sed si liberos habeant ortodoxos, et qui in ipsos nil deliquerint; cum nihil ipsis auferre possint ex eo quod ab intestato essent habituri, indirecte fit ut Testamentum eorum non valeat. Libertates tamen conservabuntur. l. 13. § 1. *Cod.* de Hæret. et Manich.

XIV. 3.° *Jam vero eum in Actibus Legitimis certa sententia requiratur;* De statu suo dubitantes (8) vel errantes, Testamentum facere non possunt; ut D. Pius rescripsit. *l.* 15. Ulp. lib. 12. ad Ed.

Igitur Qui in Testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse, aditamque ejus esse hereditatem, Testamentum facere non potest, licet jam paterfamilias et sui juris est. Nam qui incertus de statu suo est; certam legem Testamento dicere non potest. *l.* 14. Paul. lib. 2. regul.

(1) Nec obstat quod volente patre possit mortis causa donare. Disparitas est, quod donatio est Juris privati, Testamentum Juris publici.

(2) Eo sensu quod, qui et quomodo Testamenta facere possint, in Jure publico non in voluntatibus privatorum sit positum.

(3) Hæc vox *Marcus* male irrepsit. Constat enim jam ante Divum Marcum jus hoc habuisse filiosfamilias milites: ut canit Juvenalis :

Solis præterea testandi Militibus jus
Vivo patre datur. Satyr. XVI.

Præterea docet Justinianus *Instit.* Tit. *Quib. non est permiss. fac. test.* D. Augustum hoc jus filiisfamilias dedisse. Quod jus Constitutionibus Nervæ et Trajani confirmatum est; et ad veteranos demum Constitutione Hadriani porrectum. De his militiæ præmiis vid. Tit. *de Castr. pecul.* infra lib. 49.

(4) Scilicet illæ quæ nec in parentis nec in viri potestate erant, ut recte Schultingius observat : quamvis Cujacius Observ. VII. putaverit feminas quæ in manum viri convenerant, testandi jus habuisse, sed levibus argumentis.

(5) Olim feminæ quamvis puberes, erant in tutela propter fragile consilium. Sed si jus liberorum quæsiverant, tutela liberabantur : adeoque jam poterant sine ullo tutore testari. Vid. supra Append. ad libros 26 et 27.

(6) Quædam Talionis pœna est in eum qui aliis testimonium ferre indignus extitit, ut ei non possit dici testimonium. *Gell* XV. 13. *Ræward.* ad *Leg. XII. Tab.* cap. 10.

(7) Vid. l. 5. § 11, ff. *de Injur.*

(8) Nec obstat quod capitali Sententia damnatus pendente appellatione possit testari. Nam de statu suo certus, de duratione duntaxat incertus est.

XV. 4.° *Item cum ad Testamentum certa consilii maturitas requiratur; hinc impubes non potest testari.*

Qua autem ætate quis pubes æstimatur ut testari possit; et A qua ætate Testamentum vel masculi vel feminæ facere possunt, videamus? Et verius est in masculis quidem quartum-decimum annum spectandum; in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum-decimum annum ut Testamentum facere possit, an sufficiat complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum, Testamentum ipso natali suo fecisse quarto-decimo anno; an valet Testamentum? Dico valere (1). Plus arbitror, Etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam (2) noctis, valere Testamentum: jam enim complesse videtur annum quartum-decimum, ut Marciano videtur. *l.* 5. ULP. LIB. 6. AD SABIN.

Observa, magis hanc ætatem inspici, quam pubertatem ipsam corporalem.

Hinc ita rescribunt Diocletianus et Maximianus. Si frater patruelis tuus ante decimum-quartum ætatis suæ annum decessit; cum facere non potuit Testamentum, nihil recte ex ejus postremo judicio postulatur. Nam si hanc ætatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, suum solenniter ordinavit judicium; hoc evellere frustra conaris. *l.* 4. *Cod. Qui testam. fac.*

Quocirca de Eunuchis dubitatum fuit an testari possint; cum nunquam pubescant. Et consulem Mamercum legimus ea de causa Bonorum possessionem secundum tabulas denegasse cuidam Genucio: ut refert Valerius Maxim. lib. VII. Tit. 7. Invaluit tamen ut possint testari; sed tardius quam cæteri. Unde Paulus:

Spadones eo tempore Testamentum facere possunt quo plerique pubescunt; id est, anno decimo-octavo. PAUL. SENT. *lib.* 3. *tit.* 5. § 2.

Constantius autem spadones cæteris exæquavit. Ita ille: Eunuchis (3) liceat facere Testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates, conscribere Codicillos; salva Testamentorum observantia. *l.* 5. *Cod. Qui test. fac. poss.*

XVI. 5.° *Si impubes ob defectum consilii testari prohibetur; a fortiori* In adversa corporis valetudine mente captus, eo tempore Testamentum facere non potest. *l.* 17. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

De furioso idem constituit Justinianus; scilicet si furore durante testetur. Furiosum in suis induciis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro Principibus et Nobis placuit. *l.* 9. *Cod. Qui testam. fac.*

Propter similem consilii defectum, Is cui Lege bonis interdictum est, Testamentum facere non potest; et, si fecerit, ipso Jure non valet. *l.* 18. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Erat et alia ratio propter quam Testamentum quod per æs et libram Jure Pandectarum fiebat, conficere impediebatur Prodigus; quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest. ULP. FRAGM. *tit.* 20. § 13.

XVII. 6.° *Quædam etiam corporis vitia testari impediunt. V. G.* Mutus, quoniam verba (4) nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiæ emptoris exaudire non potest (5). *d.* § 13.

Quod Si surdus aut mutus ut liceret sibi Testamentum facere, a Principe impetravit; valet Testamentum. *l.* 7. ÆMILIUS-MACER LIB. 1. AD L. VICESIMAM HEREDIT.

Ex Constitutione autem Justiniani; qui simul surdus et mutus est; si quidem ab ipsa natura talis est, testari non potest; si ex superveniente morbo talis effectus est, ita demum testari potest si litteras sciat. Quod si duntaxat surdus est, indistincte testari potest; si mutus duntaxat, ita demum si litteras sciat. l. 10. *Cod.* Qui test. fac. poss.

Cæterum nullum aliud vitium corporis testari quem prohibet. Hinc Labeo. In eo qui testatur, ejus temporis quo Testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est. *l.* 2. LIB. 1. POSTERIOR. A JAVOLENO EPITOMATORUM.

Similiter Senium quidem ætatis vel ægritudinem corporis, sinceritatem mentis tenentium, Testamenti factionem certum est non auferre. *l.* 3. *Cod. Qui testam. fac.* DIOCL. ET MAXIM.

Item Qui manus amisit, Testamentum facere potest; quamvis scribere (6) non possit. *l.* 10. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

Cæcus Testamentum facere potest; quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes. PAUL. SENTENT. *lib.* 3. *tit.* 5. § 4.

Certam autem ac specialem cæcis Testandi formam constituit Justinus; de qua infra, Sect. 2. art. 2.

XVIII. *Vidimus ex quibus causis testari prohibeatur qui Testamenti factionem quæ juris est, habet. Observandum autem, eas non nocere si post Testamentum factum supervenerint.*

(1) Quamvis natus sit ultima hujus diei hora, et prima hora testamentum fecerit. Non enim computatur de momento ad momentum, ut complevisse quis certam annorum ætatem videatur. Secus obtinet, quum Lex requirit ut quis certam ætatem excesserit, ut in Edicto *DE MINORIBUS.* Vid. supra lib. 4. *de Minorib.* N. 2. et ibi Notas.

(2) Nam qui ultimum anni diem attigit, annum complevisse intelligitur. Ex hoc textu liquet, diem Romanum a media nocte ad insequentem mediam noctem computari.

(3) Sunt qui non de spadonibus hanc legem intelligunt, sed de cubiculariis Principum qui *Eunuchi* dicuntur; ut, etsi servi sint, possint testari: quod postea Leo-Sophus Novella sua XXXVIII. generaliter omnibus servis Principis concessit. Alii hanc legem intelligunt de Eunomianis spadonibus, quibus lex 17. Cod. Theod. *de Hæretic.* testamenti factionem ademerat: cui rei argumentum præbent leges 23. et 26. d. tit.

(4) Vid. infra Sect. 2.

(5) Hæ rationes referuntur duntaxat ad testamentum quod per æs et libram fit. Sed nec Jure Prætorio testari possunt, cum mutus testes accire, surdus eos audire non possit.

(6) In scribendo enim testator plerumque utebatur manu alterius; qui *Testamentarius* appellatur.

Hinc de furioso dicitur: Testamentum quoque quod ante furorem consummavit, valebit; et Bonorum possessio ex eo testamento competit. *l.* 20. § 4. ¶ *testament.* ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Similiter in prodigo: Quod tamen interdictione vetustius habuerit Testamentum, hoc valebit. *l.* 18. ¶ *quod.* ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Item Surdus, mutus, Testamentum facere non possunt. Sed si quis post Testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus permanet Testamentum. *l.* 6. § 1. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

Contra; si quum quis testatus est, ex aliqua causa testari prohibebatur; licet hæc causa postea cessaverit, nihilomagis ejus Testamentum valebit.

Unde Si filiusfamilias aut pupillus aut servus tabulas Testamenti fecerit, signaverit; secundum eas bonorum possessio dari non potest; licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit: quia nullæ sunt tabulæ Testamenti quas is fecit qui Testamenti faciendi facultatem non habuerit. *l.* 19. MODEST. LIB. 5. PANDECT.

XIX. *Observandum superest quod rescribit Gordianus, Non ideo aliquem testari prohiberi quod socium omnium bonorum habeat. Ita ille:* Quanquam omnium bonorum socer tuus itemque frater ejus socii fuerint; tamen non eo minus idem frater ejus, quum fati munus impleret, Testamento suo potuit sibi heredem instituere quem (1) vellet. Item non ideirco minus is Testamenti factionem habet, quod indivisam (2) successionem cum sorore sua dicatur habuisse. *l.* 1. *Cod. Qui test. fac. poss.*

SECTIO II.

De forma Testamentorum.

Circa hanc materiam exponemus 1.° *Quæ fuerint olim formæ Testamenti conficiendi sive ex Jure Civili, sive ex Jure Prætorio;* 2.° *Quæ novæ formæ ab Imperatoribus introductæ sint.*

3.° *Discutiemus quanta sit auctoritas Testamenti jure confecti, et quatenus noceat aliquam ex solennitatibus prætermissam fuisse.*

4.° *Pauca de Testamentorum insinuatione et vetita eorum translatione subjungemus.*

ARTICULUS I.

De forma Testamentorum antiqua.

§ 1. *Quotuplex olim fuerit forma Testamenti conficiendi ex Jure Civili.*

XX. Testamentorum genera fuerunt tria; unum quod CALATIS COMITIIS, alterum quod IN PROCINCTU, tertium quod PER ÆS ET LIBRAM appellatum est. ULP. FRAGM. *Tit.* 20. § 2.

Quid est autem Testamentum Calatis Comitiis, *quid est* In procinctu?

Et 1.° *de* Calatis Comitiis.

COMITIA *a coeundo dicta sunt, et nihil aliud sunt quam conventus Populi Romani ad suffragium ferendum de aliqua re. Varia eorum genera erant; nimirum* Curiata, Centuriata, *et* Tributa. *Quocirca sciendum est Romulum Urbem ac Populum in tres partes ac regiones distribuisse quas* TRIBUS *vocavit: singulas autem tribus in decem* CURIAS *divisisse, ita ut essent Romæ triginta Curiæ; quibus singulis singulos Curiones præfecit, et propria cuique Curiæ sacra assignavit* (3). *Harum triginta Curiarum numerus permansit: Tribuum vero numerus crevit ad triginta quinque, quarum quatuor* Urbanæ, *cæteræ* Rusticæ. *Et hæ quidem Urbanis longe præstantiores; in quas scilicet optimi quique ac præstantissimi cives referri se ne censeri curabant; cum Urbanæ opificibus, præconibus, scribis, cæteraque turba forensi potissimum constarent.*

Fuit et alia Populi Romani divisio ex instituto Regis Servii-Tullii in Classes et Centurias; in quas quisque pro modo census quem professus erat, distribuebatur. Prima Classis quæ ditiorum erat, continebat decem et octo equitum, et octoginta peditum Centurias; 2.ª *Classis, viginti et duas;* 3.ª *Viginti;* 4.ª *Viginti et duas;* 5.ª *Triginta Centurias habebat. Sexta Classis quæ egenorum erat, pro una Centuria habebatur. Erant igitur omnes Centuriæ, centum nonaginta tres.*

Ex his intelligere est quid sint Curiata *Comitia, quid* Centuriata, *quid* Tributa. *Nimirum ea in quibus per singulas Curias suffragium ferebatur, ut quod major pars Curiarum jussisset, a Populo jussum videretur,* CURIATA *Comitia dicebantur. Quod si per centurias suffragium ferretur,* CENTURIATA; *si per Tribus,* TRIBUTA *Comitia erant.*

CALATA *autem* COMITIA, *non sunt proprium Comitiorum genus: et ita initio dicta sunt omnia Comitia, a Græco verbo* ΚΑΛΕΙΝ, *quod est* Vocare; *quasi* Convocata. *Cum autem in usu hæc vox esse desiisset, nomen* Calatorum Comitiorum *his tantum Comitiis remansit, quæ pro collegio Pontificum, et his quæ Testamentorum condendorum gratia habebantur; idque religionis cujusdam et antiquitatis ratione.*

Hæc Comitia Testamentorum condendorum causa bis in anno pacis tempore habita fuisse refert

(1) Ratio dubitandi erat quod Lex XII Tab. permittit testamentum facere de *Pecunia sua*, de patrimonio suo. Porro dubitari poterat, an patrimonium quod quis non proprium, sed cum alio commune haberet, posset videri *suum*; ut de illo testari posset.

(2) Eadem ratio dubitandi.

(3) Erant igitur istæ *Curiæ*, quod apud nos *Parochiæ*.

Theophilus (1) Institut. *h. tit. Ibi quicumque Testamentum facere volebat, illud in concione Populi condebat per modum Legis Rogando ut quis sibi heres esset: quæ rogatio, Populi suffragio confirmabatur. Scilicet existimabant Romani Legem ex qua heredes ab intestato habebant, nonnisi alia Lege in Comitiis lata tolli posse. His Comitiis interveniebant Pontifices, nimirum ut Sacra privata testatoris ad heredem transirent. Et ita Testamenta fiebant* Calatis Comitiis.

Quod spectat Testamentum In procinctu; *illud in rebus trepidis Cives Romani cincti et ad bellum proficiscentes et quasi devoti Diis Manibus faciebant. Hæc enim devotorum voluntas ultima, pro Lege erat; tacito Populi suffragio rata. Hujus Testamenti meminit Plutarchus in vita Corioloni: ubi moris fuisse refert apud Romanos, ut* « Milites » *in acie jamjam profecturi ad pugnam, Testamentum facerent nuncupando viva voce coram* » *tribus aut quatuor testibus quem sibi heredem* » *vellent* ». *Extra tale periculum milites testabantur jure ordinario.*

XXI. *Exoleverunt autem Testamenta* In procinctu, *ex quo bella auspicato geri desierunt: quod jam Ciceronis ævo usurpatum fuisse ipse testatur,* de Natur. deor. *lib.* 2. *cap.* 3. *Comitia autem Testamentorum condendorum causa minus frequentari et sensim exolevisse dudum ante debuerant; ex quo scilicet, latissima testandi facultate per Legem XII Tabularum unicuique concessa, Jurisconsulti qui Legis actiones componebant (seu varias ex Lege et Legis interpretatione agendi formulas et modos solennes) invenerunt ipsi et ritum Testandi solennem, cujus ope non amplius necesse haberent cives expectare tempus Comitiorum. Hic modus dictus est* Per æs et libram, *de quo ita pergit Ulpianus:*

Illis duobus Testamentis abolitis, hodie solum in usu est quod Per æs et libram fit; id est, per mancipationem (2) imaginariam. In quo Testamento libripens (3) adhibetur, et familiæ (4) emptor, et non minus quam quinque testes cum quibus (5) Testamenti factio est. Ulp. fragm. *tit.* 20. *d.* § 2.

Raro autem eum quem quis sibi heredem vellet, testator adhibebat familiæ suæ emptorem: sed interponebat aliquem qui, his quos sibi heredes vellet, familiam esset remancipaturus.

§ 2. *De conditionibus requisitis ad formam Testamenti* Per æs et libram, *quod Jure Pandectarum obtinebat.*

In Testamento quod per æs et libram fit, duæ res aguntur; Familiæ mancipatio et nuncupatio Testamenti. Nuncupatur Testamentum in hunc modum: Tabulas Testamenti testator tenens ita dicit; Hæc uti his tabulis ceræve scripta (6) sunt, ita do, ita lego, ita testor. Ita vos Quirites Testimonium præbitote. Quæ nuncupatio, et Testatio vocatur. *d. tit.* 20. § 9.

Præter hanc Familiæ mancipationem et Nuncupationem Testamenti; *plura adhuc ad formam Testamenti requiruntur ex Jure Civili.*

Prima Conditio:

Ut Testator nomina heredum aut ipse scripserit aut nuncupaverit.

XXII. *Et quidem* Heredes palam ita ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere: sed si nuncupat, palam debet.

Quid est Palam? Non utique in publicum, sed ut exaudiri possit. Exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus; et, si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solennem numerum exaudire. *L.* 21. Ulpian. lib. 2. ad Sabin.

Præter nomina autem heredum (quæ, quum viva voce non nuncupantur, a testatore scripta esse debent); cætera quæ in Testamento continentur, nil refert quis scripserit.

(1) Id moris antiquitus fuisse ut bis in anno Comitia testamentorum condendorum causa convocarentur, in dubium revocat inter alios eruditissimos viros Heineccius *Antiquit. Roman.* Lib. II. Tit. X. N. 3. Nititur auctoritate Gellii *Noct. Attic. XV.* 27. Ubi *scriptum est,* Calata comitia *esse quæ pro Collegio Pontificum habentur, aut regis aut flaminum inauguratione.... iisdem Comitiis quæ Calata appellari diximus, et testamenta fieri solebant.* Inde colligit vir Clarissimus, *testamenta fuisse velut appendicem* Comitiorum alia de causa convocatorum; nusquam vero principaliter testamentorum condendorum gratia convocata fuisse Comitia.

Verum, quantacumque sit ea textus Gellii auctoritas; nemo credet Theophilum in hoc somniasse, quod potius ex fide antiquorum scriptorum (qui forte ad nos non pervenerunt) tradidisse censendus est. Quinetiam sic optime Theophilus cum Gellio conciliabitur, si dicamus, antiquissimis quidem temporibus, antequam inventa essent testamenta *Per æs et libram*, obtinuisse quod refert Theophilus, ut principaliter testamentorum condendorum causa comitia *Calarentur* seu convocarentur. Et sane his temporibus quibus Romani non aliter quam in Comitiis testamenta sua ordinare poterant, dignissima hæc causa fuit cur comitia convocarentur: Tanta erat testamentorum cura, et si dicere fas sit, religio! Ad hæc igitur antiquissima tempora respicit Theophilus. Textus autem Gellii ad sequentia referendus, quibus, invento testamentorum *Per æs et libram* ritu, comitia utpote jam his condendis non necessaria, convocari horum gratia desierant. Quanquam adhuc aliqui cives antiquorum rituum tenacissimi, neglecto novo ritu *Æris et Libræ*, testamenta sua in comitiis quæ alia de causa convocarentur, ordinarent: sicque Testamenta facta sunt velut Appendix Comitiorum.

(2) De Mancipatione vid. Tit. *de Adopt. et emancip.* supra lib. 1.

(3) *Libripens* erat civis Romanus qui stateram teneret, et æs appenderet quod familiæ emptor tanquam hereditatis pretium imaginarium testatori dabat.

(4) Id est, hereditatis, substantiæ, patrimonii emptor.

(5) Qui nimirum idonei sunt ad testimonium perhibendum conficientibus testamentum.

(6) Poterat etiam et citra scripturam viva voce ultimas voluntates suas nuncupare: ut liquet ex l. 1. § 3. ff. *de Hered. Instit.* et alibi passim.

Hinc et Servus, licet alienus, jussu testatoris Testamentum scribere non prohibetur. *l.* 28. Modestin. lib. 9. regul.

Secunda Conditio :

Ut uno contextu fiat Testamentum.

XXIII. Uno contextu actus Testari oportet (1). Est autem Uno contextu, nullum actum alienum Testamento intermiscere (2). Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat; Testamentum non vitiatur. *sup. d. l.* 21. *§ fin.*

Hinc Si quid post factum Testamentum mutari placuit, omnia ex integro (3) facienda sunt. *d. l.* 21. § 1.

Nota : Quod vero quis obscurius in Testamento vel nuncupat vel scribit, an post solenoia explanare possit, quæritor? Ut puta : Stichum legaverat, quom plures baberet; nec declaravit de quo sentiret. Titio legavit, quum multos Titios amicos haberet. Erraverat io nomine vel prænomine vel cognomine, quum in corpora non errasset. Poteritne postea declarare de quo senserit? Et puto, posse. Nihil enim nunc dat, sed datum significat. Sed etsi notam postea adjecerit legato, vel sua voce vel litteris, vel summam vel nomen legatarii quod oon scripserat, vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? Et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi. Nam etsi adjecta non fuisset; utique placeret coojectionem fieri ejus quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis. *d.* § 1.

Tertia Conditio :

Ut Testamentum perfectum sit.

XXIV. *Requiritur etiam ut Testamentum valeat, illud ad finem fuisse perductum.*

Igitur Si is qui Testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusqnam secuodos exprimeret heredes, obmutuisset; magis cœpisse eum Testamentum facere quam feeisse, Varus Digestorum libro 1 Servium respondisse scripsit : Itaque primos heredes ex Testameoto noo (4) futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret voluisse plures eum qui Testamentum fecisset heredes pronunciare. Ego nec Servium puto aliud sensisse. *l.* 25. Javolen. lib. 5 posterior. Labeonis.

Quarta Conditio :

Ut testes rogati et ad finem usque præsentes adfuerint.

XXV. *Illud quoque requiritur ut testes (quinque numero) coram quibus Testamenti solennia peragi debere diximus, fuerint rogati ea de causa adesse.*

Igitur In testamentis in quibus testes rogati adesse debent ut Testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet.

Quod sic accipiendum est ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad Testamentum se adhibitos; posse eos testimonium suum recte perhibere. *l.* 21. § 2. Ulp. lib. 2. ad Sabin.

XXVI. *Recte item* Et Veteres putaverunt eos qui propter solennia Testamenti adhibentur, durare debere donec suprema contestatio peragatur. *l.* 20. § 8. Ulp. lib. 1 ad Sabin.

Et quidem sponte. Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant non valere Testamentum. *d. l.* 20. *§ fin.*

Quinta Conditio :

Ut hæ personæ ad solennia Testamenti adhibitæ fuerint, quæ non prohibentur.

XXVII. *Superest ut videamus quales debeant esse personæ quæ Testamentis adhiberi possunt.*

Et quidem non solum Cives Romani, sed etiam ipse Latinus Junianus (5), et familiæ emptor et testis et libripens fieri potest; quoniam cum eo Testameoti factio est. Ulp. fragm. *tit.* 20. § 8.

Item in testibus, Juris Civilis communionem; Non tameo iotelligentiam sermonis exigimus. Hoc enim D. Marcus Didio-Juliano in teste qui Latine non noverat rescripsit : Nam si vel sensu percipiat cuicui rei adhibitus sit, sufficere. *d. l.* 20. § 9. Ulpian. lib. 1. ad Sabin.

XXVIII. *Quæ autem personæ adhiberi non possunt?*

1.º Servus quoque merito ad solennia adhiberi.

(1) Hoc commune omnibus actibus legitimis : ut observavimus in Præfat. Part. 1. cap. 1. § 3.

(2) Nec obstat 1.º quod assignare testamento libertum potest : l. 7. ff. *de Assign. libert.* Nam assigoando libertum, cum nemine contrahit; voluntatem suam duntaxat declarat : unde talis actus non videtur testamento alienus. Nec obstat 2.º quod possit pignus testamento constitui; nam hoc intelligendum est de pignore quod testator concedit legatario pro eo quod ipsi legatum est : et hoc pertinet ad id quod testamento agitur. Nec obstat 3.º quod mortis causa donari potest in testamento : nam ad instar legatorum et fideicommissorum id obtinet; unde non videtur actus testamento alienus.

(3) Ita mero Jure : nam nuda voluntate legata revocantur data exceptione *Doli*. Vid. Tit. *de Adimend. vel transfer. legat.* infra lib. 34.

(4) Non obstat lex 29. h. tit. infra Art. 3. Nam dissimilis omnino species. Hic, quum vellet testari per nuncupationem, non omnes quos sibi volebat heredes nuncupavit : testamentum incœpit, non perfecit. At in specie legis 29. h. tit. omnes quos sibi voluit heredes instituit, testamentum perfecit : sed tantum circa quosdam ex his quos instituit, omisit eos palam nuncupare, aut eorum nomina propria manu scribere. Unde eorum duntaxat institutio corruere debet; cæterorum circa quos id observatum est, institutio debet valere.

(5) Latini consortium mancipationum et plurium aliorum jurium cum civibus habebant. Secus, Peregrini.

adhiberi non potest; cum Juris Civilis communionem non habeat in totum, nec (1) Prætoris quidem Edicti. *d. l.* 20. § 7.

Recte tamen adhibetur servus, si omnium consensu tunc liber habebatur: ut rescripsit Hadrianus. Testes servi an liberi fuerint, non in hac causa tractari oportet: cum eo tempore quo Testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec quisquam eis usque adhuc statûs controversiam moverit. *l.* 1. *Cod. de Testament.*

2.° Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina, neque familiæ emptor, neque testis libripensve fieri potest. ULP. FRAGMENT. *tit.* 20. § 7.

In muto, aut surdo, aut pupillo, patet ratio prohibitionis. Sed Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit. Sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest. *sup. d. l.* 20. § 4.

Circa feminas vero notandum quod Mulier testimonium dicere in Testamento quidem non poterit (2). Alias autem posse testem esse mulierem argumento est Lex Julia DE ADULTERIIS quæ adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat (3). *l.* 20. § 6. ULPIAN. LIB. 1. AD SABIN.

Hermaphroditus an ad Testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit. *l.* 15. § 1. *ff. de Testib.* PAUL. LIB. 3. SENTENT.

3.° *Præterea Ulpianus de eo cui lege bonis interdictum est, ait:* Merito ergo nec testis ad Testamentum adhiberi poterit, cum neque (4) Testamenti factionem habeat. *l.* 18. ¶ *merito.* ULPIAN. LIB. 1. AD SABIN.

XXIX. 4.° *Item qui Lege aliqua intestabiles sunt, Testamento adhiberi non possunt, ut jam supra obiter vidimus.*

V. G. Repetundarum damnatus, nec ad testimonium adhiberi potest. *sup. d. l.* 15. *ff. de Testib.*

Et alibi. Eum qui Lege [Julia] REPETUNDARUM damnatus est, ad Testamentum adhiberi [non(5)] posse existimo; quoniam in judicium testis esse vetatur. *l.* 20. § 5. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Scio quidem tractatum esse, an ad Testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et sane juste testimonii officio ei interdicetur. Existimo ergo, neque Jure Civili Testamentum valere ad quod hujusmodi testis processit, neque Jure Prætorio quod Jus Civile subsequitur; ut neque hereditas adiri neque bonorum possessio dari possit. *l.* 14. *ff. de Testib.* PAPIN. LIB. SINGUL. DE ADULTERIIS.

Ex Constitutione Theodosii et Valentiniani, Apostatæ intestabiles sunt. l. 9. *Cod.* de Apostat.

Ex Constitutione Justiniani; Pagani, Manichæi, et quidam alii hæretici in hac lege enumerati, sunt intestabiles. Cæteri hæretici adhiberi possunt testes in Testamentis; quamvis in judiciis testimonia eorum adversus Orthodoxos non recipiantur. l. 21. *Cod.* de Hæret.

XXX. 5.° Qui Testamento heres instituitur, in eodem Testamento testis esse non potest.

Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est, contra habetur (6). Hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat; ut puta, si impubes, Si in potestate sit testatoris. *l.* 20. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Nota tamen quod in Testamento Per æs et libram, *si non ipsi heredi sed interposito familiæ emptori manciparetur familia, poterat heres esse testis.*

Non solum autem ipse heres seu familiæ emptor, sed et Qui in potestate testatoris est aut familiæ emptoris, testis ad libræ pensa (7) adhiberi non potest: quoniam familiæ mancipatio inter testatorem et familiæ emptorem sit, et ob id domestici testes adhibendi non sunt. ULP. FRAGM. *Tit.* 20. § 3.

POTESTATIS autem verbum, non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus: quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo (8) quodam retineri donec pretium solvat. *l.* 20. § 1. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

(1) Unde nec testis esse potest in eo testamento quod fit jure Prætorio, de quo infra. An hæc lex exceptionem patiatur in servis publicis; vid. Not. ad l. 175. *de Regul. jur.*

(2) Moribus Romanorum feminæ non debent egredi domo nisi exigente necessitate. Inde ab officiis civilibus remotæ sunt. Hinc non possunt esse testes in testamentis et aliis actibus, in quibus liberum erat masculos potius quam illas ad testimonium accersere: in judiciis autem testes adhibentur, quia hos necessitas exigit. Si enim factum illud cujus probatio quæritur, non ad masculorum sed ad feminarum notitiam pervenerit; adimeretur copia probationis, nisi feminæ ad testimonium advocarentur.

(3) Unde sequitur hoc cæteris feminis permitti. Ita Heineccius in Institut. ad Tit. *de Testam.* § 495. item in Pandectis ad hunc Titulum n. 14. Nimirum censet vir Clarissimus, etsi jam dudum mos testamentorum in comitiis condendorum exoletus fuisset; tamen ex hoc more remansisse ut testamentis non adhiberentur, qui his olim, utpote Comitiorum in quibus condebantur exsortes, adhiberi non poterant. Nec ulla proinde in hoc textu emendatio, aut alia interpretatio videtur esse necessaria.

(4) Cave ne accipias de factione testamenti activa; nam filiusfamilias qui hanc non habet, testis esse potest: nec de passiva; nam potest is qui bonis interdictum est, capere ex testamento. Sic igitur accipe, quod idoneitatem ad testimonium in testamento perhibendum non habet, quia Comitiorum in quibus olim testamenta fiebant, particeps non est.

(5) Hanc negationem supplet Cujacius, quæ in Florentinis deest et in Basilicis. Verum ratio contextus (*quoniam*) videtur eam desiderare. Schultingius mavult existimare Ulpianum a Paulo dissensisse; et censuisse Legem quæ aliquem a testimonio in judiciis excludit, cum pœnalis sit, non debere ad alium casum scilicet ad testamenta porrigi. Non placet hæc Schultingii sententia.

(6) Disparitas est, quod totum testamenti negotium inter testatorem et heredem agi intelligitur. Instit. *de Testam.* § 1.

(7) Legendum *aut Libripens*, ut emendat Cujacius.

(8) Vid. l. 15. ff. de *Captivis et postlimin.*

Et quemadmodum qui in potestate familiæ emptoris est, testis esse non potest; vice versa, in eodem testamento Filiofamiliæ emente pater ejus testis esse non potest. ULP. FRAGM. *Tit.* 20. § 4.

Nec qui cum ipso in ejusdem potestate sunt. Hinc V. G. Ex duobus frstribus qui in eadem patris potestate sunt, alter familiæ emptor, alter testis esse non potest: quoniam quod unus ex his mancipium accipit, acquirit patri; cui filius suus testis esse non debet, pariter et qui in potestate ejus est constitutus. *d. tit.* § 5.

Per coutrarium quæri potest; An pater ejus qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad Testameotom testis possit? Et Marcellus, libro 10 Digestorum, scribit posse. Et frater ergo poterit. *sup. d. l.* 20. § 2.

Ita quidem Marcellus et Ulpianus sentiebant. Diversam autem sententiam secutus est Justinianus: ut in Institutionib. *vidimus* (1) *Tit.* de Testament. § 9.

Quæ autem in Testamento diximus super perhibeodis (2) testimoniis eorum qoi in potestate sunt, in omnibus testimoniis accipias ubi aliquid uegotii geritur per quod acquiratur. *d. l.* 20. § 3.

Id autem locum non habet in Testamento extranei. Nam Duo fratres qui in ejusdem patris potestate suot, testes utrique; vel alter testis, alter libripens, fieri possunt, alio familiam emente: quonism nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi. ULP. FRAGM. *Tit.* 20. § 5.

XXXI. *Vidimus quæ sit forma Testamentorum ex Jure Civili. Unum observandum superest ex fragmento Modestini apud Pithœum et Schultingium: scilicet*

Quum in Testamento dies et Consules adjecti non sunt, non nocet qoomious valeat Testamentum (3).

Cæterum Testamentum Per æs et libram *quod hactenus descripsimus ipsum etiam sub novissimis Imperatoribus* (4) *exolevit. Ita tamen ut quæ in eo observanda diximus, adhuc (si Mancipationem solennemque Nuncupationem excipias) observentur in Testamentis Mysticis aut Nuncupativis, quæ huic successerunt, de quibus infra Art.* 2.

§ 3. *Quæ sit forma Testamenti conficiendi Jure Prætorio.*

XXXII. Etiamsi Jure Civili non valeat Testamentum, forte quod familiæ mancipatio vel nuncupatio defuit; si signatum (5) Testamentum sit non minus quam septem testium Civium Romauorum signis, Booorum possessio datur. ULP. FRAGM. *tit.* 28. § 6.

Signatas tabnlas accipi oportet et si linteo quo tabulæ involotæ suot, signa impressa fuerint. *l.* 22. § *fin.* ULP. LIB. 39. AD ED.

Sigoum autem utrum annulo tantum impressum adhibemus; an vero et si non aonulo, verum alio quodam impresso? Varie euim homines signaot. Et magis est, ut tantum (6) annulo quis possit sigoare, dum tamen habeat ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ [*id est* formam insculptamque Signi imagioem]. *d. l.* 22. § 5.

Cæterum etiam Si ab ipso testatore annulum acceperо et signavero; Testamentum valet, quasi alieno signaverim. *d. l.* 22. § 2.

XXXIII. Singulos testes qui io Testamento adhibentur, proprio chirographo sooотare convenit quis et cujus Testamentum siguaverit. *l.* 30. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

Igitur Si qois ex testibus nomen suum non ascripserit, verum tamen signaverit; pro eo est atque si adhibitus non esset. Et si (ut multi faclunt) ascripserit se, non tamen siguaverit; adhuc idem dicemos. *d. l.* 22. § 4.

(1) Sunt qui textum Institutionum cum Ulpiano et Marcello conciliare tentant; dicendo hos Jurisconsultos in texta modo relato agere de testamento militari. Sed quam perperam et divinatorie hoc dicitur!

(2) Fornerius noster recte emendat et legit *prohibendis*.

(3) Postea requisitum fuisse diem et Consulem quidam colligunt ex loco D. Chrysostomi. *Homil* 2. *de Osia*. Tom. opuscul. 3. ubi ait: *Testamenta et instrumenta..... nisi in principio, Consulatus tempora præscripta habeant; ab omni vi sua vacua sunt.*

(4) Sub quibus? Perperam Cujacius ad l. 20. h. tit. putat abolitum fuisse a Constantino per legem 15. Cod. *de Testam.* Illa enim lex (quæ male inscripta oomine Constantini, filio ejus Constantio tribuenda est; ut ex subscriptis Consulibus liquet) non abrogat testamenta *Per æs et libram*; sed duntaxat scrupulosas heredum instituendorum formulas, de quibus Ulpianus in Fragmentis Tit. 21. Quod ex d. l. 15. satis apparet. Constat præterea ex l. 3. Cod. Theod. h. tit. adhuc sub Arcadio et Honorio, adeoque diu post d. legem 15 viguisse testamenta *Per æs et libram*; cum ibi legitimi quinque testium numeri in Testamentis fiat mentio. Hic autem numerus oonnisi in testamentis *Per æs et libram* convenire potest; cum in testamentis mysticis et nuncupativis quæ huic successerunt, septem testes requirantur. Valde autem probabile est quod censet Jac. Gothofredus, Theodosium-Juniorem qui pleraque veterum rituum abrogavit ut *Actionis impetrationem, Dictionem dotis, etc.* etiam abrogasse ritum testamenti *Per æs et libram.*

(5) Quum Testamentum secundum Juris Civilis formam conficitur, non requiritur ut sit signatum. Si vero omissa sit Juris Civilis forma; Prætor ut ex illo testamento det Bonorum possessionem *secundum Tabulas*, requirit signatum esse, et quidem septem testium signis. Scilicet cum Jure Civili quinque testes ad testamenti fidem adhiberentur, et præterea Libripens et Familiæ emptor; ad Testamenti formam duos alios testes Prætor introduxit in Locum Libripendis et Familiæ emptoris. Antiquum autem est hoc testamentum Prætorium. Cicero in *Verr.* III. 117. tale Verris Edictum refert: « *Si de hereditate ambigitur, et tabulæ testamenti » obsignatæ non minus multis signis quam e Lege oporteat » ad me proferentur; secundum tabulas testamenti posses» sionem hereditatis dabo* ». Verrem autem ex antiquis Edictis id translatisse Cicero significat, quum mox subjicit: *Hoc Tralatitium, etc.*

(6) Bartholus et Hotomannus legunt, *ut non tantum*. Vid. circa hanc lectionem atavum meum Robertum lib. 1. *Recept.* et Cujacium, Observ. XIV. 11.

XXXIV. *In conspectu testatoris testes signare debent. Hinc Dioclet. et Maximianus* : Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes sun vel alieno anulo non signaverint; jure deficit Testamentum. *l.* 12. *Cod. de Testam.*

Iidem rescribunt. Si non speciali privilegio patriæ tuæ Juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo Jure Testamentum valet. *l.* 9. *Cod. d. tit.*

Uno casu dispensantur testes in conspectu testatoris signare; scilicet si testator peste laborabat. Cæterum etiam hoc casu requiritur septem testium numerus.

Hoc iidem rescribunt Diocletianus et Maximianus. Casus majoris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis quæ testes deterret, licet aliquid de Jure laxatum est; non tamen prorsus reliqua Testamentorum solennitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est : non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est. *l.* 8. *Cod. de Testam.*

XXXV. *Circa personas quæ ad signandum Testamentum adhibentur, eadem dicenda sunt quæ jam supra diximus de testibus qui adhibentur quum Jure Civili Testamentum conficitur.*

Hinc V. G. in alieno Testamento Ad testium numerum simul adhiberi possumus; ut ego et pater, et plures qui fuimus in ejusdem potestate. *l.* 22. ULP. LIB. 39. AD ED.

Item et ille adhiberi potest qui tabulas scripsit. Quocirca quidam « Domitius-Labeo (1) Celso suo » salutem. Quæro an testium numero habendus sit » is, qui quum rogatus est ad Testamentum scri- » bendum, idem quoque quum tabulas scripsisset, » signaverit »? Jubentius-Celsus Labeoni suo salutem. AUT non intelligo quid sit de quo me consulueris, aut valde stulta est consulatio tua. Plus enim quam ridiculum est dubitare an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas Testamenti scripserit. *l.* 27. LIB. 15. DIGEST.

Quo autem tempore inspici debet an habiles testes fuerint?

Conditionem testium tunc inspicere debemus quum signarent (2), non mortis (3) tempore. Si igitur tunc quum signarent, tales fuerint ut adhiberi possint; nihil nocet si quid postea eis contigerit. *l.* 22. § 1. ULPIAN. LIB. 39. AD ED.

XXXVI. Posse et nocte signari Testamentum, nulla dubitatio est. *d. l.* 22. § 6.

Illud non prætermittendum, quod Unum Testamentum pluribus exemplis consignare quis potest. Idque interdum necessarium est; forte si navigaturus, et secum ferre, et relinquere judiciorum suorum testationem velit. *l.* 24. FLORENTIN. LIB. 10. INSTITUT.

XXXVII. *Vidimus quæ sit forma Testamenti ex Jure Prætorio. Observandum superest ita demum ex tali Testamento bonorum possessionem dari, nisi postea testator signa turbaverit. Nam* Si signa turbata (4) sint ab ipso testatore, non videtur signatum. *sup. d. l.* 22. § 3.

Cæterum Si Testamentum quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis; non erit imperfectum (5), sed utroque Jure valebit tam Civili (6) quam Prætorio. *l.* 23. ULPIAN. LIB. 4. DISPUT.

ARTICULUS II.

Quænam Testamenti formæ noviter ab Imperatoribus introductæ sint.

§ 1. *De forma Testamenti conficiendi ex Constitutionibus Honorii et Theodosii, et ex Jure Justinianeo.*

XXXVIII. *Imperatores Honorius et Theodosius novas testandi formas introduxerunt.*

Sanxerunt V. G. ut ratum Testamentum esset, si quis oblatis Principi precibus successorem suum declarasset; etiamsi Princeps precibus non responderit : illudque solum requiri ut, Principi preces oblatas esse, idoneis testibus probari possit. Si autem Princeps his precibus responderit, nihilominus mutandæ voluntatis facultatem testatori manere (7). *l.* 19. *Cod.* de Testament.

XXXIX. *Duplex autem Jure novo potissima esse cœpit Testamentorum forma. Aut enim Testamentum viva voce conficitur, et est* Nuncupativum; *aut scripto, et* Mysticum (8) *dicitur.*

Forma Testamenti Mystici, talis refertur in Theodosii et Valentiniani Constitutione.

1.° *Testator septem testibus, Civibus Romanis, puberibus, et ea de re rogatis, scripturam quæ Testamentum ejus continet, sive testatoris manu, sive*

(1) Nomen ejus qui consulebat Celsum.

(2) Et pariter quum Jure Civili Testamentum conficitur, inspicitur testium conditio eo tempore quo ad solennia Testamenti adhibentur.

(3) Testatoris.

(4) Consulto, non casu. Vid. Tit. *Si tab. testam. null. ext.* infra lib. 38.

(5) Hinc Cujacius : *Aliud turbari signa aliud resignari. Testamentum turbatis signis infirmatur; resignatis tabulis non infirmatur, modo signa reponantur.*

(6) Non solum Jure Civili quo signa testium non requiruntur, modo forma hoc Jure præscripta observata sit; sed et Jure Prætorio quo requiruntur signa testium.

(7) Cum eodem modo quæque dissolvantur quo colligata sunt; dubitari potuisset num ad Testamentum quod consensu Principis firmatum esset, dissolvendum, Principis consensus etiam requireretur. Definiunt autem non requiri.

(8) Hoc Testamentum quod ex Jure Civili et Prætorio es ex Constitutionibus imperatorum conflatum est, temporibus Theodosii-Junioris cœpisse probabile est. Vid. Notam ad N. 31. supra.

ab alio conscriptam, clausam offert; quam suum esse Testamentum his præsentibus dicit.

2.° *Hanc scripturam coram testibus, sua manu, in reliqua parte* (1) *subscribit.*

3.° *Si scribere nequeat, octavam personam adhibet quæ pro ipso subscribat.*

4.° *Eamdem scripturam et testes subscribere et signare debent.*

5.° *Hæc omnia fieri debent uno tempore eodemque die; nullo actu extraneo interveniente.* Uno autem actu *Testamentum factum intelligitur, quamvis non dictatum vel scriptum sit eodem tempore seu die quo testibus oblatum est. l.* 21. *Cod.* de Testament.

Hoc quod præcipitur Uno contextu *fieri Testamentum, hanc limitationem recipit; ut is actus interveniens non vitiet Testamentum, quem necessitas aliqua naturalis expostulat tam circa testatorem quam circa aliquem ex testibus: puta si medicamentum testatori dandum sit, vel alvum exonerare testator aut unus ex testibus necesse habeat; possuntque hoc casu testes paulisper interim abire et iterum introduci. Ejus autem ex testibus cui quid hujusmodi contingeret, regressus expectabitur; si tamen possit post breve tempus regredi: si non poterit, alius testis ei subrogari debebit.*

Item quod dictum est, Testamentum a testatore subscribi debere aut ab octavo teste qui pro ipso subscribat, exceptionem patitur in eo casu quo Testamentum propria testatoris manu conscriptum est. Hoc enim ejus subscriptioni æquipollere docet Justinianus. l. 28. *Cod.* de Testament.

Præter hæc quæ supra relata sunt, hoc quoque quod jam Jure veteri observabatur, Justinianus voluit observari; nimirum ut nomina heredum manu propria testatoris in aliqua parte Testamenti scripta esse debeant; aut si scripta non fuerint, ea nomina testator palam coram testibus nuncupare teneatur. Hoc etiam addidit Justinianus ut, quum testator manu sua nomina heredum non scripsit, hæc heredum nomina testes in sua subscriptione debeant scribere. Quod si in aliquo ex heredibus omissum sit, hujus institutionem irritam esse. l. 29. *Cod.* de Testament.

Postea hoc Jus immutavit Justinianus; constituitque ut valeret Testamentum, etiamsi per alterius manum nomen heredis testator scripserit. Novell. CXIX. cap. 9.

Hactenus de forma Testamenti Mystici.

XL. *Nuncupativi autem Testamenti formam ita exponunt supra dicti Imperatores Theodosius et Valentinianus.* Per Nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, Testamenta non alias valere sancimus; quam si septem testes (ut supra dictum est) simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem ut Testamentum sine scriptura facientis audierint. *sup. d. l.* 21. § 2. *Cod. de Testament.*

Cæterum nihil præterea in his Testamentis requiritur; nec necesse est ut prædixerit testator vel testatrix per formalia verba, Ideo eosdem testes convenisse quod sine scriptis suam voluntatem vel Testamenta componere censuit. *l.* 26. *Cod. d. tit.*

XLI. *Utrumque autem Testamentum, et Græce confici potest. sup. d. l.* 21. § 4. Cod. d. tit.

Item circa formam Testamentorum, observandum quod rescribunt Arcadius et Honorius. Testamentum (2) non ideo infirmari debebit quod diversis hoc deficiens (3) nominibus appellavit; cum superflua non noceant. Namque necessaria prætermissa imminuunt contractus, et testatoris officiunt voluntati; non abundans cautela (4). *l.* 17. *Cod. de Testament.*

§ 2. *De speciali forma in Testamentis Cæcorum observanda.*

XLII. *Cæcorum Testamentis specialem formam Justinus constituit: ut scilicet coram Tabulario et septem testibus ad hoc convocatis suprema sua elogia nuncupet; quæ Tabularius uno contextu, aut octavus testis si Tabularii copia desit, in scripturam redigat. Hanc scripturam tam Tabularius quam testes signabunt, et subscribent.*

Quod si memoriter sua elogia promere non possit, ea scribi mandabit; hancque scripturam, convocatis Tabulario et testibus, a Tabulario coram testibus recitari curabit; profitebiturque, lecta a Tabulario suam esse voluntatem. Et hæc scriptura a Tabulario et testibus subscribetur, et signabitur. l. 8. *Cod.* de Testament.

ARTICULUS III.

De auctoritate Testamenti jure confecti; et quatenus noceat aliquam ex solennitatis prætermissam fuisse.

XLIII. Si Testamentum jure factum sit *(inquiunt Diocletianus et Maximianus)*, et heres sit capax; auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet. *l.* 10. *Cod. de Testam.*

XLIV. *Cæterum ex solennitatibus quidquam detrahere nemini permittitur.*

Unde iidem rescribunt. Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa; non autem

(1) Non clausa; vel etiam, *sur l'Enveloppe.*

(2) Sensus est: Testamentum non ideo minus valet quod testator illud diverso nomine appellaverit; ut puta si initio Testamenti quo heredem instituit, et in quo omnia Testamentorum solennia peracta sint, ita præfatus est: *Ego L. Titius hunc meum Codicillum feci.* Hæc Codicilli appellatio non officit quominus Testamentum valeat ut Testamentum.

(3) Id est, defunctus qui testabatur.

(4) Qualis est illa superflua *cautela*, qua dum dubitat an aliquam solennitatem omiserit, Testamentum suum appellavit *Codicillum*; ea mente ut, si Testamenti jure valere non posset, valeret jure Codicilli.

jurisdictionis mutare formam vel Juri publico derogare cuiquam permissum est. *l.* 13. *Cod. de Testament.*

Hoc a leo obtinet, ut nec favore Principis quidquam remittatur.

Hinc circa illa etiam Testamenta quæ vel a Principe vel in gratiam Principis fiunt, ita rescribunt Valens, Valentinianus, et Gratianus.

Cum heredes instituantur Imperator seu Augusta, Jus commune cum cæteris habeant. Quod et in Codicillis et fideicommissariis epistolis Jure scriptis observandum erit.

Et, sicuti priscis legibus cautum est, Imperatori quoque et Augustæ Testamentum facere liceat et mutare. *l.* 7. *Cod. Qui Testam. fac.*

Similiter Alexander. Ex imperfecto Testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse sæpe constitutum est. LICET ENIM LEX IMPERII SOLENNIBUS JURIS IMPERATOREM SOLVERIT, NIHIL TAMEN TAM PROPRIUM IMPERII EST QUAM LEGIBUS VIVERE (1). *l.* 3. *Cod. de Testam.*

A fortiori Ejus bona qui se Imperatorem facturum heredem esse jactaverat (2) a fisco occupari non possunt. *l.* 31. PAUL. LIB. 5. SENTENT.

XLV. *Adeo nullum est Testamentum in quo peracta non sunt quæ ad ejus formam necessaria sunt, ut responderit Paulus*, Ex ea scriptura quæ ad Testamentum faciendum parabatur, si nullo Jure Testamentum perfectum esset, nec ea quæ fideicommissorum (3) verba habent peti posse. *l.* 29. PAUL. LIB. 14. RESPONS.

Hoc tamen ita verum est, nisi illa scriptura clausulam Codicillarem contineat.

Quam clausulam ita refert idem Paulus: Ex his verbis quæ scriptura paterfamilias addidit, ΤΑΤΤΗΝ, *etc.* [id est] HOC TESTAMENTUM VOLO ESSE RATUM QUACUMQUE RATIONE POTERIT; videri eum voluisse omnimodo valere ea quæ reliquit, etiamsi intestatus decessisset. *d. l.* 29. § 1.

XLVI. *Sed et citra hanc clausulam; quod quis de bonis suis inter liberos suos disposuit in Testamento minus solenni aut imperfecto, valet jure fideicommissi ab intestato relicti. Sic enim rescribunt Diocletianus et Maximianus:* Filii, patris Testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed etsi tam circa Testamentum quam etiam Codicillos judicium ejus deficiat (4), verum quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit; licet ab intestato ei fuerit successum (5); ex Senatusconsulto, retentionis modo servato (6) Familiæ Erciscundæ judicio, aditum judicem sequi voluntatem patris oportere, Juris auctoritate significatur. *l.* 16. *Cod. Fam. Ercisc.*

Idem statuit Constantinus circa Testamentum nondum perfectum. l. 26. Cod. d. tit.

Hic tamen notandum quod Theodosius et Valentinianus, Jus illud confirmando statuunt. Ita illi: Ex imperfecto autem Testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona; certum est eam voluntatem defuncti quantum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi; sed liberis accrescere. *l.* 21. § 1. *Cod. de Testament.*

Novella autem Constitutione declaravit Justinianus, quænam saltem observanda forent ut testamentum inter liberos valeret: nimirum ut testator sua subscriptione declaret tempus quo testatus est, filiorum nomina; et uncias ex quibus scripsit eos heredes; non signis numerorum, sed per totas litteras. Similiter, si de certis singularibus speciebus disponere velit, earum inscribat significationes. Sed et quæ legata aut fideicommissa aut libertates extraneis reliquerit si hæc propria scripta manu sint dictaque coram testibus, quamvis contineantur in scriptura reliquam observationem Testamentorum non suscipiente, valebunt. Novell. CVII. cap. 1.

Hujus novellæ capite 3 constituitur ut scriptura divisionem bonorum suorum inter liberos a patre factam continens, sit etiam rata si eam a liberis suis subscribi pater curaverit.

Jam ante Novella XVIII caverat ut Arbiter hanc divisionem observare teneretur, si aut parens aut omnes liberi ei subscripsissent.

Quum autem adsunt ea quæ modo diximus; hæc divisio quam pater inter liberos fecit, ita rata est ut non possit rumpi nisi per posterius Testamentum perfectum. Sup. d. Novell. CVII. cap. 2.

XLVII. *Constituit etiam Justinianus ut rusticorum Testamenta quamvis imperfecta valerent; modo coram testibus septem confecta fuerint, testesque suscripserint. Sed si in eo loco septem litterati inveniri non possint, etiam illitteratos admitti permittit; eoque casu litterati pro illitteratis subscribunt. Imo et coram quinque duntaxat testibus permittit testari, in his locis in quibus non plures possunt inveniri testes.* l. fin. Cod. de Testam.

(1) Longius hac in re progressi sunt Theodosius et Arcadius; qui, cum liceat per codicillos privatis relinquere, non permiserunt sibi ipsis (Imperatoribus) quidquam relinqui nisi Testamento. Verum hæc lex (2. Cod. Theod. *de Testam.*) non placuit Justiniano, qui eam Codici suo non inseruit.

(2) Nec tamen Testamento jure facto heredem eum instituit.

(3) Etsi enim fideicommissa extra Testamentum citra Juris solennitates relinqui possint; tamen quum Testamento coöriuntur, pendent a jure Testamenti, Vid. infra lib. 3o. ad Tit. *de Legatis.*

(4) Solennitatibus Juris tam Prætorii quam Civilis non observatis.

(5) Quia Testamentum non valet.

(6) Id est, Quarta Pegasiani Senatusconsulti; quæ ex Constitutione D. Pii etiam heredibus ab intestato conceditur.

ARTICULUS IV.

De Testamentorum insinuatione, et vetita eorum translatione.

XLVIII. *Insinuatio Testamenti in Acta publica non pertinet ad ejus perfectionem, sed ad conservationem; ut non subtrahatur, sed in tuto sit.*

Hæc insinuatio fieri debet apud Magistrum Census; districteque vetantur judices aliorum tribunalium, imo et Defensores Ecclesiæ huic rei se immiscere. Cæterum incongrua insinuatio apud incompetentem judicem facta, Testamento non nocet. l. 23. Cod. de Testam. *et l. 41. Cod.* de Episc. et Cler.

Quum autem semel insinuata fuerint Testamenta omnia, cæteraque quæ apud Officium Censuale publicari solent, in eodem loco reserventur: nec usquam permittatur fieri ulla translatio. Mos NAMQUE RETINENDUS EST FIDELISSIME VETUSTATIS. Quem si quis in hac Urbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem. *l. 18. Cod. de Testam.* ARCAD. ET HONOR.

TITULUS II.

DE LIBERIS ET POSTHUMIS, HEREDIBUS INSTITUENDIS VEL EXHEREDANDIS.

SUPERIORI *Titulo de externis Testamentorum solennitatibus actum est. Ut autem Testamentum valere possit; quasdam alias, et imprimis quæ Internæ vulgo appellantur, solennitates servari oportet.*

I. Inter cætera quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale jus est DE LIBERIS HEREDIBUS INSTITUENDIS VEL EXHEREDANDIS (1): NE præteritis istis rumpatur (2) testamentum. Namque filio qui in potestate est præterito, inutile est testamentum. *l.* 30. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

Hujus Juris rationem ita docet Paulus. In Suis Heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse; quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam FILIUSFAMILIAS appellatur, sicut PATERFAMILIAS; sola nota hac adjecta per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus (3) sit. Itaque post mortem patris, non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint Heredes Instituti, domini sunt. Nec obstat quod licet eos Exheredare, quos et occidere licebat. *l.* 11. PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

Quocirca videndum 1.° de Institutione aut Exheredatione eorum qui tempore testamenti primum in familia gradum jam obtinent; 2.° De Institutione aut Exheredatione Posthumorum.

SECTIO I.

De Institutione aut Exheredatione Liberorum qui tempore testamenti primum in familia gradum obtinent.

Ut methodice tractentur ea quæ pertinent ad Institutionem eorum qui tempore testamenti Sui Heredes *sunt, quæri oportet: 1.° Qui* Sui *Heredes dicantur; ut eorum Institutio vel Exheredatio ad substantiam testamenti pertineat; et quatenus alterutra desideretur; 2.° Quomodo Instituti Heredes debeant; 3.° Quomodo sint Exheredandi. 4.° Agemus de causis Exheredationum; quæremusque, an quivis Liberi Exheredari possint.*

ARTICULUS I.

Quinam Sui *Heredes dicantur, ut Institutio vel Exheredatio eorum ad substantiam testamenti pertineat; et quatenus desideretur.*

II. Sui Heredes Instituendi sunt vel Exheredandi. Sui autem Heredes (4) sunt Liberi quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi: item uxor (5) quæ in manu est, et nurus quæ in manu est filii quem in potestate habemus. ULPIAN. FRAGM. *tit.* 22. § 14.

(1) Hoc Jus consuetudine et disputatione Fori introductum est; nondumque Ciceronis temporibus receptum erat. Refert enim (lib. 3. *de Orat.* n. 38.) quum quidam audita de morte sui filii falso nuntio tabulas mutasset, et alium heredem scripsisset; quæsitum apud Centumviros de Jure civili, possetne paternorum bonorum Exheres esse filius quem pater Testamento neque heredem neque Exheredem scripsisset nominatim?

(2) *Posthumi* et *Quasi-Posthumi* rumpunt testamentum. Qui autem tempore testamenti jam natus est filius, illud ab initio inutile effecit.

(3) Hinc apud Terentium in *Heautontimor.* filiusfamilias appellatur a patre, MEUS PARTICEPS.

(4) Quare sui dicantur, vid. supra N. 1.

(5) De uxoribus quæ in manu viri aut soceri sui sunt, vid. supra lib. 1. Tit. *de His qui sui vel alien. jur.* Art. 1. § 2.

Cum autem qui apud hostes est, nisi revertatur, non sit in potestate patris; hinc Dum apud hostes est filius, pater jure fecit testamentum et recte eum præteriit (1); quum, si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum. *l.* 31. Paul. lib. 2. ad Sabin.

Ut autem quis Suus *Heres intelligatur, non sufficit eum esse in potestate testatoris: oportet adhuc ut primum in ejus familia gradum obtineat. Talis est non solum filius, sed et nepos cujus pater aut mortuus aut capite minutus est: idem dic de pronepote et deinceps, ut mox videbimus.*

Non autem ideo nepos avo Suus *Heres erit, quod ipsius pater fuerit Exheredatus. Unde* Si filium Exheredavero, nepotemque ex eo præteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam; licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum (2) Testamentum, Julianus, et Pomponius, et Marcellus aiunt. *l.* 9. § 2. Paul. lib. 1. ad Sabin.

Filius autem captivus, si non revertatur et postea apud hostes decesserit, non obstat nepoti (filio suo) quominus is nepos sit avo suus heres. Hinc statim subjicit Paulus: Diversumque est, si in potestate hostium filius sit; et decesserit in eodem statu. Rumpit enim his casibus nepos testamentum; quod moriente avo filii jus pependerit, non abscissum ut superiore casu fuerit (3).

Sed etsi heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus (4) heres: quoniam hæc verba Si intestato moritur, ad id tempus referuntur quo testamentum destituitur, non quo moritur. *sup. d. l.* 9. § 2. ¶ *diversumq.*

Cæterum huic nepoti in eo casu ita subvenit Justinianus, ut quamvis pater ejus ante præparatam Inofficiosi *querelam decesserit, possit tamen eam movere perinde ac si esset præparata.* l. 34. *Cod.* de Inoff. test.

III. Ex suis Heredibus, filius quidem neque Heres institutus, neque nominatim Exheredatus, non patitur valere testamentum. Ulp. fragm. *tit.* 22. § 16.

Reliquæ vero personæ liberorum velut filia, nepos, neptis, si præteritæ sint, valet testamentum.... *Sed* scriptis Heredibus accrescunt, Suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam. *d. tit.* § 16 *et* 17.

Hinc est et quod ait Paulus:

Filio et extraneo æquis partibus Heredibus Institutis si præterita (5) accrescat, tantum Suo avocabit quantum extraneo. Si vero duo sint filii Instituti; Suis tertiam, extraneis dimidiam (6) tollit. Paul. sentent. *lib.* 3. *tit.* 6. § 8.

IV. *Observandum est, Testamentum in quo filius præteritus est, Jure Civili inutile esse, etiamsi nihil intersit filii illud non valere. Imo et* Si filius qui in potestate est præteritus sit, et vivo patre decedat; testamentum non valet: nec superius (7) rumpetur. Et eo Jure utimur. *l.* 7. Paul. lib. 1. ad Sabin.

Jure autem Prætorio testamentum in quo filius Suus *Heres præteritus est, sustinetur quoties filii præteriti non interest illud non valere.*

Unde Papinianus. Filio præterito qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt neque legata præstantur; si præteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quod si bonis se patris abstinuit; licet subtilitas Juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et æquo tuebitur (8). *l.* 17. *ff. de Injust. rupt.* Papin. lib. 5. respons.

Hæc Jure Pandectarum; quod Justinianus hac in re immutavit; ut jam non filiorum duntaxat, sed liberorum cujuscumque sexus aut gradus præteritio testamentum ipso Jure (9) *vitiaret. l. fin. Cod.* de Lib. Præter.

(1) Non enim est *Suus* nec in potestate patris dum est hostium servus. Sed si revertatur, cum fictione *Postliminii* intelligatur jura familiæ semper conservasse et nunquam captivus fuisse reditu suo rumpit testamentum: ut videb. infra.

(2) Nunquam enim fuit *Suus* heres, quem ipsius pater in familia avi, quoad vixit avus, præcessit.

(3) In *superiore casu* Filius tempore mortis (qua inspicitur, circa causam testati, an quis sit suus heres) præcedit nepotem, obstatque ei quominus sit suus heres. Quamvis enim per exheredationem jus sui heredis quod filius habebat, *abscissum* sit; tamen cum exheredatio vires non habeat nisi post mortem testatoris, et demum post hanc mortem jus filii *abscissum* sit; obstat filius nepoti. Contra in hoc casu; jus filii non post mortem demum testatoris fuit abscissum; sed pendebat ab ejus reditu: ita ut, si non rediret, et apud hostes decederet, videretur jam ex quo captus est, in vivis esse desiisse. Quod cum acciderit; filius qui, ex quo captus est, adeoque jam vivo testatore mortuus intelligitur, non obstat nepoti quominus suus heres sit, et rumpat testamentum avi.

(4) Id est, *Suus.* Erit autem nepos suus heres utroque casu; et quidem etiam superiore casu quo filius exheredatus, tempore mortis ipsum præcedebat. Nam circa causam intestati ejus qui testamentum fecerat, ut quis sit suus heres non tempus mortis spectatur, sed tempus quo per destitutionem testamenti deferri incipit ab intestato hereditas. Cum igitur jam decessisset eo tempore filius, nihil obstat quominus nepos sit suus heres.

(5) Filia.

(6) Finge: Duo heredes Sui ex dodrante, tres extranei ex reliquo quadrante scripti sunt, et unus Suus heres præteritus. Hic præteritus habebit trientem dodrantis ex quo duo *Sui* heredes scripti sunt, et dimidium quadrantis ex quo extranei sunt scripti: unde fiet ut melior sit conditio præteriti quam institutorum.

(7) Si quod forte antea fecerat testator.

(8) Passivo sensu: id est, servabitur; quia hoc casu fratres qui scripti heredes sunt, possunt habere bonorum possessionem *Secundum tabulas* cum effectu: quo casu tenentur legatariis; et, si eam omittant, pariter tenentur ex Edicto *Si quis omissa causa Testam*

(9) An autem ex Novella CXV. cap. 3. præteritione *Sui* heredis solæ heredum institutiones vitientur, cætera quæ Testamento continentur valeant, lis est inter Doctores. Illis assentior qui censent hoc Novellæ Caput non debere accipi de casu quo Suus Heres præteritus esset; sed hoc constitui ut, quoties Exheredatio Suorum Heredum aut præteritio eorum qui inter Suos Heredes non sunt locum dat querelæ *Inofficiosi*, non jam per querelam Testamentum totum, sed solæ Heredum institutiones rescindantur. Ita Cujacius; item Vinnius quem vid. lib. 2. *Quæst.* cap. 20.

ARTICULUS II.

Quomodo Suorum *Heredum Institutio fieri debeat.*

V. Suus quoque Heres sub conditione Heres potest Institui. Sed excipiendus est filius, quis non sub omni conditione Institui (1) potest. Et quidem sub ea conditione quæ est in potestate ipsius, potest; de hoc enim inter omnes constat. *l.* 4. *ff. de Heredib. Instit.* ULPIAN. LIB. 4. AD SABIN.

Nepotes autem et deinceps cæteri qui ex Lege Velleia (2) Instituti non rumpunt testamenta, sub omni conditione (3) Institui possunt; etsi rediguntur (4) ad filii conditionem. *l.* 6. § 1. *d. tit.* Isid.

VI. *Dicimus filium sub conditione Institui posse; modo potestativa sit.*

Sed utrum ita demum Institutio effectum habeat si paruerit conditioni, an et si non paruerit et decessit (5)? Julianus putat filium sub ejusmodi conditione Institutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse: et ideo si coheredem habeat ita Institutus, non debere eum expectare donec conditioni pareat filius (6), cum et, si patrem (7) intestatum faceret non parendo conditioni, procul dubio expectare deberet. Quæ sententia probabilis mihi videtur; ut sub ea conditione Institutus quæ in arbitrio ejus sit, patrem Intestatum non faciat. *sup. d. l.* 4. ¶ *sed utrum ff. de Hered. instit.*

Sed et si filio sub conditione quæ in eius potestate est Herede Instituto, nepos sit substitutus sive extraneus, puto vivo filio (8) non extaturum Heredem substitutum, post mortem vero extaturum (9): nec necessariam a substituto filii Exheredationem (10), cum, etsi fuerit facta, frustra est; post mortem enim filii facta est, quam inutilem esse alias ostendimus (11). Opinamur igitur filium si sit institutus sub ea conditione et sit in ejus potestate, non indigere Exheredatione a sequentibus gradibus; alioquin et a coherede indigebit. *d. l.* 4. § 2.

Sed si conditioni dies esset adjectus; ut puta si Capitolium intra dies triginta ascenderit: tantumdem dici, ut si non paruerit conditioni (12), substitutus possit admitti filio repulso; consequens est sententiæ Juliani et nostræ. *l.* 6. *ff. de Hered. instit.* ULP. LIB. 4. AD SABIN.

VII. *Quod si filius sub hac conditione Institutus neque coheredem nec substitutum habuerit; patet deficiente conditione corruere testamentum, utpote ex quo nemo extitit heres.*

An autem ipsi filio deferetur Hereditas ab intestato hoc casu; an iis qui defuncto proximi gradu sunt tempore quo moritur filius? Circa hanc quæstionem Apud Julianum libro 29 Digestorum Marcellus notat:

Si ejusmodi sit conditio sub qua filius Heres institutus sit, ut ultimo vitæ ejus tempore certum sit eam existere non posse; et pendente ea (13) decedat, intestato patri Heres erit: velut, SI ALEXANDRIAM PERVENERIT, Heres esto. Quod si etiam novissimo tempore impleri potest; veluti, SI DECEM TITIO DEDERIT, HERES esto: contra puto (14). *l.* 5. *ff. de Hered. instit.*

Obtinet etiam hæc conditionum distinctio, quum filius substitutum habet. Nam si ea fuit quæ moriente filio impleri jam non potuit, substitutus, vivo filio, ad hereditatem admittetur. Contra si ea fuit quæ adhuc extremo vitæ filii tempore impleri potuit; substitutus post mortem demum filii admittetur. Hoc docet Papinianus in specie sequenti.

(1) Scilicet nisi sub contraria conditione Exheredetur; ne deficiente conditione inveniatur nec Heres, nec Exheres scriptus, præteritioque ejus non patiatur valere testamentum. Quæ ratio Jure Pandectarum in cæteris Suis Heredibus cessabat, utpote qui salvo testamento poterant præteriri.

(2) De qua infra Sect. 2.

(3) Etiam casuali.

(4) Nepotes quum in locum patris sui mortui aut emancipati succedunt, rediguntur ad filii conditionem; ita ut sint *Sui* Heredes perinde ac filius: non tamen per omnia; nam filius sub conditione casuali institui non potest, illi *sub omni conditione* Institui possunt.

(5) Ratio dubitandi erat quod (si non paruerit *et* decessit) eum deficiente conditione Heres non sit nec tamen Exheres videatur testamento præteritus. Ratio decidendi est, quod non videtur vere præteritus per quem stetit ut Heres foret.

(6) Nam sive pareat filius, et sic institutio ejus exitum habeat, sive non pareat, et sic institutio ejus deficiat; testamentum valebit, et coheres ex testamento adire poterit.

(7) Secus est: Si contrarium ejus quod dicimus, obtineret; ut conditio potestativa sub qua filius institutus est, deficiens, testamentum rumperet, patremque intestatum faceret; coheres expectare deberet donec illa conditio existeret, cum non possit adiri hereditas ex testamento quandiu potest rumpi: infra lib. 29. Tit. *de Acquir vel omitt. Hered*. Sed cum secus obtineat, hæc expectare non debet.

(8) Nam quandiu conditionem implere potest, et ex institutione Heres esse; locus esse non potest substitutioni: infra lib. seq. Tit. *de Acquir. vel omitt Hered.*

(9) Non enim defectu conditionis potestativæ sub qua filius institutus est, testamentum ruit; nec præteritus videtur per quem stetit quominus Heres esset.

(10) Eum qui institutus est in primo gradu, non necesse est Exheredari in sequentibus gradibus: infra N. 17.

(11) Infra N. 12.

(12) Et tempus elapsum sit.

(13) Imo conditio jam desinit pendere, quum decedit; si quidem supponitur talis quæ in ultimo ejus vitæ momento impleri jam non potuerit. Ideoque, cum vivo eo deficiat conditio ex qua causa testamenti pendebat, defertur ei ab intestato hereditas.

(14) Ratio disparitatis est quod, si ea fuit conditio quæ adhuc ultimo ejus vitæ momento impleri potuerit, nec hoc quidem momento potuit ei ab intestato deferri hereditas; quæ non defertur quandiu causa testamenti pendet. Vid. infra lib. seq. Tit. *de Acquir. vel omitt. Hered.*

Si filius sub conditione heres erit, et nepotes ex eo substituantur : cum non sufficit sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est si conditio fuit in filii potestate; consideremus numquid intersit quæ conditio fuerit ascripta, utrum quæ moriente filio impleri non potuit (veluti, SI ALEXANDRIAM IERIT FILIUS, HERES ESTO; isque Romæ decessit); an vero quæ potuit etiam extremo vitæ momento impleri; veluti, SI TITIO DECEM DEDERIT FILIUS, HERES ESTO; quæ conditio nomine filii per alium impleri potest. Nam superior quidem species conditionis, admittit vivo filio nepotes ad hereditatem, qui si neminem substitutum haberet dum moritur, legitimus patri heres extiterit. Argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est. Quemdam enim refert ita heredem Institutum, SI IN CAPITOLIUM ASCENDERIT; quod si non ascendisset, legatum ei datum (1) : eumque antequam ascenderet, mortem obisse. De quo respondit Servius, Conditionem morte defecisse; ideoque moriente eo legati diem cessisse. Altera vero species conditionis, vivo filio, non admittit nepotes ad hereditatem; qui substituti si non essent, intestato avo, heredes existerent (2) : neque enim filius videretur obstitisse, post cujus mortem patris testamentum destitutum. Quemadmodum (3) si Exheredato eodem filio nepotes, quum filius moreretur, Heredes fuissent Instituti. *l.* 28. *ff. de Condit. instit.* PAPIN. LIB. 13. QUÆST.

VIII. *Jam videamus quæ conditio potestativa intelligatur.*

Et Puto recte generaliter definiri : Utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit, Facti potestas est. Potest enim hæc SI ALEXANDRIAM PERVENERIT, non esse in arbitrio per hiemis conditionem : potest et esse; si ei qui a primo milliario Alexandriæ agit, fuit imposita. Potest et hæc SI DECEM TITIO DEDERIT, esse in difficili; si Titius peregrinetur longinquo itinere. Propter quæ ad generalem definitionem recurrendum est. *l.* 4. § 1. *ff. de Hered. instit.* ULP. LIB. 4. AD SABIN.

Quid in specie sequenti? Lucius-Titius ita testamentum fecit : « AURELIUS-Claudius natus ex illa » muliere, si filium meum se esse judici probave» rit, Heres mihi esto ». Paulus respondit, Filium de quo quæreretur non sub ea conditione Institutum videri quæ in potestate ejus (4) est; et idem testamentum nullius esse momenti. *l.* 83. *ff. de Condit. et demonstr.* PAUL. LIB. 12. RESPONS.

Pro potestativa autem non habetur conditio rei illicitæ aut turpis.

Hinc Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus Heres quam Senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat (5) patris; ac si conditio non esset in ejus potestate. Nam QUÆ FACTA LÆDUNT PIETATEM, EXISTIMATIONEM, VERECUNDIAM NOSTRAM, ET (ut generaliter dixerim) CONTRA BONOS MORES FIUNT, NEC FACERE NOS POSSE CREDENDUM EST. *l.* 15. *ff. de Condit. instit.* PAPIN. LIB. 16. QUÆST.

IX. *Si Sui Heredes ne excepto quidem filio sub quavis conditione potestativa institui possunt; a fortiori sub illa conditione* SI VOLUERIT.

Hac de re ita Marcianus. Jam dubitari non potest. Suos quoque Heredes sub hac conditione institui posse ut, SI VOLUISSENT, Heredes essent; si Heredes non essent, alium quem visum erit eis substituere. Negatumque hoc casu necesse esse sub contraria conditione filium Exheredare. Primum quia tunc tantum exigeretur, quum in potestate ejus non esset an Heres patri existeret; expectantis

(1) A coherede.

(2) In priori specie cum conditio sub qua filius ex asse Heres scriptus est, ea esset quæ tempore mortis filii jam impleri non potuisset; corruente per defectum hujus conditionis testamento ei nullus substitutus fuisset, is filius ipso ab intestato Suus Heres extitisset. At in hac posteriori specie, cum ea supponatur conditio quæ adhuc extremo vitæ filii momento impleri potuit; non potuit defecisse hæc conditio nisi post mortem filii : adeoque nepotes ex illo, si substituti non fuissent, ipsi avo suo ab intestato Heredes extitissent : *Neque enim filius* pater ipsorum *videretur eis obstitisse*, cui nunquam hereditas ab intestato deferri potuit; cum nonnisi post mortem ejus conditio institutionis defecerit. Nam deferri ab intestato hereditas non potest, quandiu pendet causa testamenti.

(3) Textum hujus versiculi cujus sententiam frustra Interpretes exquisiverunt, depravatum esse censet Cujacius in *Papinian.* ad h. l. legendumque, *Quemadmodum exheredato filio, nepotes; si, postquam filius moreretur, Heredes instituti repudiassent.* Hæc lectio plana est; et alter casus proponitur in quo filius non obstat nepotibus quominus sint *Sui* Heredes ab intestato. Species talis est : testator filium exheredavit, extraneos instituit, nepotes ex filio præteriit. Filius supervixit testatori; et deliberantibus scriptis Heredibus decessit, qui postea repudiaverunt. Præteritio nepotum non vitiavit testamentum; cum tempore mortis filius eos in familia præcederet : supra N. 2. Sed destituto postea per repudiationem scriptorum Heredum testamento, et delata ab intestato hereditate, Sui Heredes existere incipiunt : nec pariter videbitur filius obstitisse quia, cum ante repudiationem scriptorum Heredum, adeoque ante delatam ab intestato hereditatem decesserit filius; nemo unquam in ea hereditate nepotes præcessit.

(4) Nec enim hæc conditio potestativa est; quæ non ab arbitrio Claudii, sed ab eventu probationis qui incertus est, pendeat.

(5) Igitur Institutio filii sub tali conditione non valet. Verum valet institutio heredis extranei sub tali conditione; quia habetur pro non scripta : ut videb. Tit. *de Cond. et demonstr.* infra lib. 35. Quæ ratio differentiæ? Hanc affert Cujacius, *Commentar.* ad *Papin.* ad d. l. Quum hæc conditio Institutioni filii adjecta est, proxima ratio occurrit quod non sit in ejus potestate : hæc autem ratio non sinit Institutionem filii valere. Quum vero institutioni extranei adjecta est talis conditio; non inspicitur an sit in potestate Instituti necne (cùm hoc non requiratur in institutione extranei), sed hoc primum inspicitur, an hæc conditio quæ talis est ut nunquam existere possit, vera sit conditio : an magis mendum quod in testamento irrepsit, esse videatur. Quæ ratio facit ut talis conditio quasi non conditio, sed mendum, insuper habeatur. Quod si insuper habetur, sequitur institutionem quasi sine conditione factam valere debere.

extrinsecus positæ conditionis eventum : deinde quod, etsi quacumque posita conditione deberet filius sub contraria conditione Exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperiri posset. Certe si verbis exprimeretur, inepta fieret. Huic enim conditioni, Si volet Heres esto, quæ alia verba contraria concipi possunt, quam hæc; Si nolet Heres esse, Exheres esto? Quod quam sit ridiculum, nulli non patet. *l.* 86. *ff. de Hered. instit.* Marcian. lib. 7. fideicommissor.

Non ab re autem hoc loco velut excessus (1) hic subjungetur : Suis Heredibus ita Institutis Si voluerint Heredes esse, non permittendum amplius abstinere se hereditate; quum ea conditione Instituti, jam non ut necessarii sed sua sponte Heredes extiterunt. Sed et cæteris conditionibus quæ in ipsorum sunt potestate, si Sui pareant (2); jus abstinendi assequi non debent. *d. l.* 86. § 1.

ARTICULUS III.

Quomodo Exheredatio fieri debeat.

Plura ad hanc requiruntur : 1.° Ut nominatim facta sit Exheredatio; 2.° Ut pure fiat; vel, si sub conditione, ut filius sub contraria conditione instituatur; 3.° Ut vivo filio, committatur Exheredatio; 4.° Ut a tota hereditate Exheres quis sit factus : proinde ut a toto Heredum gradu. Si autem plures Heredum gradus facti sint, quærendum erit an debeat filius ab omnibus gradibus Exheredari. Denique videbimus quibus verbis Exheredatio fiat.

§ 1. *De nominatim facienda Exheredatione.*

X. Filius qui in potestate est, si non Instituatur Heres, nominatim Exheredari debet. Reliqui Sui Heredes utriusque sexus, aut Nominatim, aut Inter cæteros. Ulp. fragm. *tit.* 22. § 20.

Jure autem Justinianeo, omnes Liberi cujuscumque gradus aut sexus nominatim Exheredari debent. l. 4. Cod. *de Lib. præt.*

Quid sit nominatim Exheredari; videamus? Nomen et prænomen et cognomen ejus dicendum est? An sufficit vel unum ex his? Et constat sufficere. *l.* 1. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

Quinetiam Nominatim Exheredatus filius et ita videtur; Filius meus Exheres esto, si nec nomen ejus expressum sit : si modo unicus sit. Nam si plures sunt filii; benigna interpretatione potius a plerisque respondetur, nullum Exheredatum esse. *l.* 2. Ulp. lib. 6. regular.

Suffragatur Paulus. Ita ille : Titius testamento heredem instituit; et filium (3) habens, sic Exheredationem posuit; Cæteri omnes filii (4) filiæque meæ Exheredes sunto. Paulus respondit, Filium recte Exheredatum videri. *l.* 25. Paul. lib. 12. respons.

Obiter nota. Postea consultus an videatur Exheredatus quem pater putavit decessisse, respondit, Filios et filias nominatim Exheredatos proponi : de errore autem patris qui intercessisse proponitur, apud judicem agi oportere (5). *d. l.* 25. § *postea.*

Sed Et si pepererit filium dicere, Ex Seia autem natum dixit; recte Exheredat. Et si eum convicio (6) dixerit, Non nominandus, vel Non Filius Meus, Latro, Gladiator; magis est ut recte Exheredatus sit : et, si ex adulterio natum (7) dixerit. *l.* 3. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

§ 2. *De Exheredatione pure facienda, et vivo filio committenda.*

XI. Pure (8) autem filium Exheredari Julianus putat (9). Qua sententia utimur. *d. l.* 3. § 1.

XII. *Oportet ut Exheredatio non secus ac Institutio filii vivo filio committatur. Repugnat enim aliquem post mortem suam Heredem aut Exheredem existere.*

Unde Tryphoninus. Filius a patre cujus in potestate est, sub conditione quæ non est in ipsius potestate Heres Institutus; et in defectum conditionis Exheredatus; decessit pendente etiam tunc conditione, tam institutionis quam exheredationis. Dixi, Heredem eum ab intestato mortuum esse; quia, dum vivit, neque ex testamento Heres neque Exheredatus fuit. *l.* 28. Tryphon. lib. 20. disput.

Hinc etiam Testamentum quod hoc modo scribitur, Titius post mortem filii mei heres esto,

(1) Id est, digressio.

(2) Hoc animo ut velint esse Heredes. Alias impleta ab ipsis conditio non eis adimit abstinendi jus; quo nonnisi ex sua voluntate privari debent. Et ita hæc lex conciliatur cum l. 42. § fin. ff. *de Acquir. vel omitt. Hered.*

(3) Unicum.

(4) Si simpliciter dixisset, *Cæteri Exheredes sunto*; hæc vox *Cæteri* ad filias et liberos ulterioris gradus referretur, non ad filium qui nominatim Exheredari debet. Cum autem dixerit *Cæteri omnes filii*, filius nominatim Exheredatus videtur.

(5) Ut, si is error probetur, non videatur Exheredatione comprehensus. Ita Cujac. ad h. l. in *Respons.* Pauli.

(6) Similiter et cum convicio recte Instituetur. Infra Tit. *de Hered. Instit.*

(7) Modo non probetur errasse testatorem : Infra N. 20.

(8) Ratio est, quia nullus esse debet casus quo filius præteritus sit. Atqui si sub conditione Exheredetur, erit casus quo præteritus sit; scilicet casus quo deficeret conditio. Hæc ratio cessat si filius qui sub conditione Exheredatur, sub contraria conditione Institutus fuit. Hoc igitur unico casu, et Institutio, et Exheredatio, quamvis sub conditione factæ valebunt; quia nullus est casus quo filius sit præteritus. Nam in casum quo conditio Institutionis existet, erit Heres : in casum quo deficiet, cum ejus defectus sit existentia conditionis Exheredationi appositæ, erit Exheres. Oportet autem ut vivo filio, alterutra conditio existat : alioquin ruit tum Institutio, tum Exheredatio, et consequenter testamentum; ut videb. N. seq.

(9) Quod de filio hic dicitur, Justinianus ad omnes liberos porrexit.

FILIUS EXHERES (1) ESTO, nullius momenti est; quia filius post mortem suam Exheredatus est. Quare et contra tabulas paternorum libertorum (2), hujusmodi filius bonorum possessionem accipere poterit. *l.* 13. § 2. JULIAN. LIB. 29. DIGEST.

Obiter nota : Herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filii institui potest. *sup. d. l.* 28. ¶ *herede.*

§ 3. *De Exheredatione a tota hereditate facienda; item a toto heredum gradu : et, quum plures gradus facti sunt, an ab omnibus Exheredandus sit filius.*

XIII. *Oportet ut quis a tota hereditate Exheres sit. Hinc* Quum quidam filiam ex asse Heredem scripsisset, filioque quem in potestate habebat decem legasset; adjecit, ET IN CÆTERA PARTE EXHERES MIHI ERIT; et quæreretur an recte Exheredatus videretur? Scævola respondit : Non videtur. Et in disputando adjiciebat, Ideo non valere, quoniam nec fundi Exheres esse jussus recte Exheredaretur : aliamque causam esse Institutionis (3), quæ benigne acciperetur; Exheredationes autem non essent adjuvandæ. *l.* 19. PAUL. LIB. I. AD VITELLIUM.

XIV. *Ex eo quod a tota hereditate Exheredandus sit filius, sequitur oportere ut a toto heredum gradu cui ex testamento defertur hereditas, Exheres sit.*

Quando autem videtur a toto heredum gradu Exheredatus? Et quidem Filius inter medias quoque heredum institutiones recte Exheredatur; et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator Exheredaverit : nam si hoc fecit, vitiosa erit Exheredatio : quemadmodum si ita eum Exheredaverit; QUISQUIS MIHI HERES ERIT, FILIUS EXHERES ESTO. Nam (ut Julianus scribit) hujusmodi Exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum : quod est impossibile (4). *l.* 3. § 2. ULP. LIB. I. AD SABIN.

XV. *Quid si plures sunt heredum gradus? Tunc, ut valeat testamentum, non præcise necesse est filium ab omnibus Exheredare : sed eorum graduum a quibus Exheres factus est, institutiones valebunt; eorum autem graduum a quibus præteritus est, non valebunt.*

Hinc Si ita testatus sit paterfamilias ut a primo quidem gradu filium præteriret, a secundo solo Exheredaret; Sabinus et Cassius et Julianus putant, perempto primo gradu, testamentum ab eo gradu exordium capere (5) unde filius Exheredatus est. Quæ sententia comprobata est. *l.* 3. § 6. ULP. LIB. I. AD SABIN.

Obiter nota inde illud sequi quod, Si filius substituatur ei a quo præteritus est; non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem : quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo Exheredatus, inde testamentum inciperet ubi filius esset Exheredatus. *l.* 75. *ff. de Hered. instit.* PAPINIAN. LIB. 12. QUÆST.

Unde species sequens. Lucius-Titius quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios. Quæsitum est an institutio uxoris nullius momenti sit, eo quod ab eo gradu filii non essent Exheredati? Respondi, Eum gradum a quo filii præteriti sunt, nullius esse momenti. Et ideo cum iidem substituti proponantur, ex testamento eos Heredes extitisse videri : scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum qui ab initio non valuit : sicut responsum est, si a primo sit filius præteritus, a secundo Exheredatus. Nihil autem interest qua ratione secundi heredis institutio valeat : utrum quia ab eo filius Exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est. *l.* 43. § 2. *ff. de Vulg. et pupill. subst.* PAUL. LIB. 9. QUÆST.

XVI. *Vice versa; si ab institutorum gradu filius sit Exheredatus, a substitutorum gradu præteritus, inutilis erit substitutio : quamvis, aut dum deliberant instituti, aut vivo testatore, filius mortuus sit.*

V. G. Si Primo herede instituto filium Exheredavero, a Secundo autem substituto non Exheredavero; et, dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit : secundum sententiam qua utimur, non erit Secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius Exheredatus non sit. Quod si in Posthumo filio idem acciderit (ut natus vivo patre (6) a quo Exheredatus sit, moriatur); eadem dicenda erunt de substituto (7) : quoniam, quum est natus filius, loco ejus

(1) Filius hic videtur post mortem suam Exheredatus. Nam Exheredatio, ut et cætera quæ testamento continentur, pendent ab aditione heredis scripti; et non possunt valere, nisi ab adita hereditate. Sed in hac specie heres non potest adire nisi post mortem filii Exheredati; cum ita scriptus supponatur, *Post mortem filii Heres esto.* Consequenter Exheredatio non potest committi, nisi post mortem Exheredati; quod repugnat : et ideo talis Exheredatio non valet.

(2) Filiis a patre suo Exheredatis denegatur possessio contra tabulas libertorum paternorum. Vid. l. 20. ff. *de Bon. poss. contr. tab.* infra lib. 37.

(3) Institutio ex certa re facta, benigne detracta rei mentione sustinetur; ut videb. infra Tit. *de Hered. Instit.*

(4) Oportet enim valere testamentum, ut ex testamento adeatur hereditas : non potest autem testamentum valere, quandiu filius Heres aut Exheres non est. Nec obstat lex 68. ¶ *sic enim ff. de Hered. instit.* quam vid. infra lib. 35. Tit. *de Condit. et dem.* N. 39.

(5) Contra posthumus a primo gradu præteritus, sequentes rumpit a quibus Exheredatus est. Rationem disparitatis Vid. infra Sect. seq.

(6) Emendat Cujacius et legit, *vivo primo.*

(7) Ut scilicet non sit heres, utpote per nativitatem Posthumi substitutione rupta.

est qui superstes est (1). *l.* 8. POMPON. LIB. 1. AD SABIN.

XVII. *Quamvis Exheredatio liberorum a primo heredum gradu facta, cæteros gradus a quibus non est facta non confirmet, non tamen idem dicendum est de eorum Institutione. Hæc enim confirmat et sequentes gradus, quamvis ab illis præteriti sint.*

Hinc Africanus, Quod vulgo dicitur eum gradum a quo filius præteritus sit, non valere; non usquequaque verum esse, ait. Nam si primo gradu Heres Institutus sit filius, non debere eum a substitutis Exheredari: ideoque si filio et Titio Heredibus Institutis, Titio Mævius substitutus sit; omittente Titio hereditatem, Mævium eam adire posse: quamvis filius secundo gradu Exheredatus non sit. *l.* 14. § 1. LIB. 4. QUÆST.

XVIII. *Quærendum superest, quando ab omnibus heredum gradibus quis Exheredatus intelligi debeat.*

Et quidem Ante heredis institutionem Exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est. *l.* 3. § 3. ULPIAN. LIB. 1. AD SABIN.

Inter duos autem gradus Exheredatus, ab utroque remotus est; secundum Scævolæ sententiam, quam puto veram. *d. l.* 3. § 4.

In eo qui miscuit duos gradus, Exheredationem valere Mauricianus recte putat: veluti, PRIMUS HERES ESTO EX SEMISSE; SI PRIMUS HERES NON ERIT, SECUNDUS EX SEMISSE HERES ESTO; TERTIUS EX ALIO SEMISSE HERES ESTO, FILIUS EXHERES ESTO: SI TERTIUS HERES NON ERIT, QUARTUS HERES ESTO. Nam ab utroque gradu summotus est (2). *d. l.* 3. § 5.

Sed et Quum post omnes heredum gradus Exheredatio scribitur, si adjiciat testator ab omnibus se gradibus Exheredare; non dubitatur Juri satisfactum esse. Et ideo etiamsi id non adjiciatur, appareat tamen eum id eo consilio scripsisse ut ab omnibus Exheredaret; recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias filiis Institutis et invicem substitutis filium Exheredaverit; intelligendus est Exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam cum iidem heredes instituti sunt; nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu Exheredare voluisse. *l.* 1. *Cod. de Lib. præt.* ANTONIN.

§ 4. *Quibus verbis fieri debeat Exheredatio.*

XIX. *Justinianus definivit filium recte Exheredatum intelligi per hæc verba:* ILLE FILIUS MEUS ALIENUS MEÆ SUBSTANTIÆ FIAT; *aut similia. l.* 3. *Cod.* de Liber. præt.

Item nihil interest an per verba de præsenti, an per verba de futuro concepta sit Exheredatio. Nam Filii etiam hoc modo Exheredantur: FILIUS EXHERES SIT, FILIUS EXHERES ERIT. *l.* 17. FLORENTIN. LIB. 10. INSTIT.

ARTICULUS IV.

Quibus ex causis, et qui liberi Exheredari possint.

XX. *Plerumque Exheredantur liberi ut puniantur. Interdum tamen* Multi non notæ causa Exheredant filios, sed ut eis consulatur; ut puta impuberibus: eisque fideicommissam hereditatem dant. *l.* 18. ULP. LIB. 57. AD ED.

Cæterum sive ut liberis consuleret, sive ut eos puniret, pater eos Exheredaret; ad Exheredationem nulla alia causa requirebatur quam voluntas patris. Unde Qui volebat filiam Exheredare, sic testamento comprehendit: TE AUTEM FILIA IDEO EXHEREDAVI (3) QUONIAM CONTENTAM TE ESSE DOTE VOLUI. Quæro an efficaciter Exheredata sit? Modestinus respondit, Nihil proponi cur non esset voluntate testatoris Exheredata. *l.* 61. *ff. de Hered. instit.* MODESTIN. LIB. 8. RESPONS.

Quod Si quis ita scripserit: ILLE QUEM SCIO EX ME NATUM NON ESSE, EXHERES ESTO: hanc Exheredationem ita nullius esse momenti ait, si probetur ex eo (4) natus. Non enim videri quasi filium Exheredatum esse; cum elogium pater (quum filium Exheredaret) proposuisset, et adjecisset propter eam causam Exheredare; probaturque patrem circa causam Exheredationis errasse. *l.* 14. § *fin.* AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

Idem est, et si ita dixerit: ILLE ILLIUS FILIUS EXHERES ESTO; patrem ei adulterum per errorem assignans. *l.* 15. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Valet quidem ipso Jure testamentum quo liberi pro lubitu parentis sunt Exheredati. Verum moribus eis subventum est; ut, si immerenter se docerent Exheredatos, possent testamentum rescindere per querelam Inofficiosi testamenti *de qua egimus supra lib.* 5. *Tit. II.*

An eo casu valeat testamentum adhuc post Novellam CXV. cap. 3. *lis est inter Doctores. Vid. Vinnium* Quæst. *lib.* 2. *cap.* 21.

XXI. *Filii quilibet, imo tam miles quam paganus, Exheredari possunt. Hinc* Filiusfamilias si militet, ut paganus nominatim a patre aut Heres

(1) Id est, Posthumus, quum nascitur, est similis filio jam nato qui superstes fuit patri de quo prius locuti sumus.

(2) Quod si testator non miscuisset gradus; sed ita scripsisset; *Titius ex semisse, Gaius ex altero semisse Heres esto: si Titius heres non erit, Lucius heres esto;* FILIUS EXHERES ESTO: *Si Gaius heres non erit, Sempronius heres esto;* Filius a solo secundo gradu Exheredatus videretur.

(3) Hinc nota, etiam per verba præteriti temporis potuisse Exheredationem concipi.

(4) Et si hoc ambigatur et impubes sit, dabitur ei interim Carboniana possessio. Vid. *Tit. de Carbon. Edict. infra lib.* 37.

scribi aut Exheredari debet : jam (1) sublato Edicto Divi Augusti quo cautum erat ne pater filium militem Exheredet. *l.* 26. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

SECTIO II.

De Institutione et Exheredatione Posthumorum.

XXII. *Posthumi duplicis generis distinguuntur; proprie dicti, et Quasi-Posthumi.*

Posthumos autem dicimus eos duntaxat qui post mortem parentis nascuntur. *l.* 3. § 1. *ff. de Injust. rupt. testament.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Quasi-Posthumi seu Posthumorum loco sunt, qui post testamentum incipiunt primum in familia locum obtinere.

Utrique rursus in varias species subdividuntur. Et 1.° *Posthumi proprie dicti, alii* Vulgares, *alii* Aquiliani.

Vulgares *sunt qui post mortem testatoris nascuntur, et quos nemo tempore testamenti in familia præcedebat.*

Aquiliani *sunt nepotes aut pronepotes qui post mortem testatoris nascuntur; et ex invento Galli-Aquilii, Heredes Instituuntur vel Exheredantur in eum casum quo illi qui tempore testamenti ipsos in familia præcedebant, vivo testatore præmortui fuissent aut alio modo exivissent e familia.*

2.° *Quasi-Posthumorum seu eorum qui Posthumorum loco sunt, præcipuæ species sunt:*

Velleiani ex 1.° Legis capite: *Qui post testamentum factum sed vivo adhuc testatore, nascuntur testatori Sui heredes.*

Velleiani ex 2.° Legis capite : *Qui testamenti facti tempore jam nati, post testamentum mortuo aut aliter e familia exeunte illo qui ipsos præcedebat, in Sui heredis gradum succedunt.*

Juliani : *Qui post testamentum vivo testatore, vivoque illo qui ipsos in familia testatoris præcedit, nascuntur; sed eo qui ipsos præcedebat, postea (vivo testatore) mortuo, in Suorum heredum gradum succedunt.*

Sunt et aliæ Quasi-Posthumorum species de quibus infra Art. 2. *Hæc ad intelligentiam eorum quæ sequuntur, dixisse sufficiat.*

ARTICULUS I.

De institutione et Exheredatione Posthumorum proprie dictorum.

XXIII. *Quemadmodum inutile est testamentum in quo præteritus est is qui tempore testamenti inter Suos heredes erat; ita rumpitur testamentum nativitate Posthumi Sui heredis qui in eo præteritus est.*

Ne igitur hoc contingeret, receptum est Jure Civili (id est Prudentium interpretatione) ut quamvis regulariter qui nondum natus est heres institui non possit, tamen Posthumi SUI *possint Heredes Exheredesve scribi.*

Posthumos Suos *dicimus qui si vivo testatore nati essent, proximum in familia ejus locum obtinuissent. Scilicet qui tales sunt ut si vivis nobis nati fuissent, in potestate nostra fuisseut, et proximum locum obtinuissent in familia; quamvis post mortem nostram nati sint, adeoque nunquam in potestate nostra fuerint; tamen* Suorum *Heredum loco sunt.*

Circa hanc Posthumorum Institutionem aut Exheredationem videbimus 1.° *Quis Posthumum Heredem scribere possit vel Exheredare;* 2.° *Quis Posthumus possit Heres scribi vel Exheredari;* 3.° *Quando Posthumus Institutus videri debeat necne;* 4.° *Quatenus necessaria sit in testamento, Posthumi Institutio vel Exheredatio;* 5.° *Quomodo fieri debeat tam Institutio quam Exheredatio Posthumi.*

§ 1. *Quis Posthumum Instituere possit.*

XXIV. *Cum Posthumus Institui non possit nisi* Suus, *et femina Suos heredes habere non possit; sequitur nonnisi a masculis Posthumum posse institui Heredem.*

Cæterum Placet omnem masculum, posse Posthumum scribere; sive jam maritus (2) sit, sive nondum uxorem duxerit. Nam et maritus repudiare uxorem potest; et qui non duxit uxorem, postea maritus effici. Nam et quum maritus Posthumum Heredem scribit, non utique is solus Posthumus scriptus videtur qui ex ea quam habet uxore ei natus est, vel is qui tunc in utero est; verum is quoque qui ex quacumque uxore nascatur. *l.* 4. ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Ideoque qui Posthumum Heredem Instituit, si post testamentum factum mutavit matrimonium; is Institutus videtur qui ex posteriore matrimonio natus est. *l.* 5. JAVOLEN. LIB. 1. EX CASSIO.

XXV. Sed est quæsitum : An is qui generare facile non possit, Posthumum Heredem facere possit? Et scribit Cassius, et Javolenus, Posse. Nam et uxorem ducere et adoptare potest. Spadonem quoque posse Heredem scribere, et Labeo et Cassius scribunt; quoniam nec ætas nec sterilitas ei rei impedimento est. *l.* 6. ULP. LIB. 3. AD SABIN.

(1) Nam jus Exheredandi, est sequela paternæ potestatis; a qua filium militia non eximit.

(2) Supple, *et quidem etsi maritus sit ejus mulieris quæ per ætatem amplius liberos habere non potest* : ad hæc enim refertur quod postea dicitur, *Nam et maritus repudiare, etc.*

Sed si castratus sit, Julianus Proculi sententiam secutus non putat Posthumum Heredem posse instituere (1). Quo Jure utimur. *d. l.* 6. § 1.

Hermaphroditus plane, si in eo virilia prævalebunt, Posthumum Heredem Instituere poterit. *d. l.* 6. § 2.

§ 2. *Qui Posthumi* Sui *possint Heredes scribi : ubi de* Aquilianis.

XXVI. *Potest Posthumus institui indeterminatus : quod tutius est. Nam* Si quis ex certa uxore natum scribit Heredem; in periculum rumpendi testamentum deducit, ex alia susceptis liberis. *l.* 28. § 2. Tryphon. lib. 20. disput.

XXVII. *Potest etiam institui Posthumus determinatus, id est qui ex tali muliere nasciturus est.*

Et quidem quis Posthumum ex qualibet vidua (2) natum sibi filium, Heredem Instituere potest. *l.* 27. Paul. lib. 3. ad Neratium.

Sed etiam ex ea quam quum testaretur non potuisset ducere, si ejus nuptias honeste sperare potuit.

Hinc Si quis eo tempore quo nondum ejus uxor esse posset, testator natum ex ea scripsit Heredem; an postea contracto licito matrimonio natus, heres ex testamento esse possit, quæritur? Veluti si scribas hodie Heredem qui tibi ex Titia natus erit; quando Titia ancilla, vel minor annis viginti quinque, ea cujus pater tuus tutelam administravit aut totor tu ipse fuisti : postea Titia uxor justa tibi fuerit, vel libertatem adepta, aut tempore annorum viginti quinque et utilis anni et rationum allegatione (3); an natus heres esse possit? Nemo certo dubitabit ex Titia quæ tunc propter tenorem ætatis uxor duci non potuit quando testamentum fiebat, natum postea ex uxore ducta, Heredem esse posse. Et generaliter; nato post testamentum Herede scripto, aditus est ad hereditatem, in qualicumque statu testamenti faciendi tempore fuit, quæ postea testatori civiliter nupta est. *l.* 28. § 3. Tryphon. lib. 20. disput.

*Imo : Sed si per adoptionem sororem factam habeam, potero Posthumum ex ea Heredem Instituere; quia adoptione soluta, possum eam ducere uxorem. *l.* 9. § 4. Paul. lib. 1. ad Sabin.

XXVIII. *Dubium fuit an is Posthumus posset Institui quem, si tempore testamenti natus esset, aliquis in familia tunc præcessisset. Et ex Galli-Aquilii* (4) *sententia, etiam ejus Posthumi recepta est Institutio.*

Enimvero Gallus sic posse Institui Posthumos nepotes induxit (5). SI FILIUS MEUS VIVO ME MORIETUR; TUNC SI QUIS MIHI EX EO NEPOS SIVE QUÆ NEPTIS, POST MORTEM MEAM, IN DECEM MENSIBUS PROXIMIS QUIBUS FILIUS MEUS MORERETUR, NATUS NATA ERIT, HEREDES SUNTO. *l.* 29. Scævola lib. 6. quæst.

XXIX. *Hæc Galli sententia duas ex interpretatione Prudentium ampliationes recepit.*

Prima est; ut, cum de nepotibus locutus fuerit, ejus sententia ad pronepotum et deinceps Institutiones porrigatur; quia scilicet Idem credendum est Gallum existimasse et de pronepote : ut dicat testator : Si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos, etc. *d. l.* 29. § 2.

Sed etsi vivo filio, jam mortuo pronepote (6) cujus uxor prægnans esset, testamentum faceret; potest dicere : Si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos. *d. l.* 29. § 3.

Num si et filius et nepos vivant, concipere utrisque mortuis vivo se Tunc qui pronepos nasceretur, poterit? Quod similiter admittendum est. Ita sane, si prius nepos, deinde filius, decederet : ne successione testamentum rumperetur (7). *d. l.* 29. § 4.

Forsitan addubitet quis an istis casibus si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo (8) concipiatur; isque (9) mortuo (10) patre, deinde avo (11) nascatur; an non potuerit Heres Institui, quia pater ipsius non recte Institutus (12)

(1) Hoc valde attinet quærere. Nam si Posthumus fingatur solus Institutus : interest an quis, quum posset, Posthumum Heredem Instituerit, quamvis ex eventu nullus natus sit Posthumus; an prorsus non potuerit Posthumum Heredem Instituere. Primo casu tale testamentum non statim infirmatur, sed tunc demum quum defecerit spes Posthumi qui sperabatur. Unde fit ut per tale testamentum rumpatur superius quod factum esset : ut vid. Tit. seq. Posteriore vero casu : is qui Posthumum sperare non potest, nec consequenter instituere, si Posthumum Instituit, nihil agit : et tale testamentum nullas ab initio vires habet, quasi nullam Heredis Institutionem continens; adeoque non rumpit prius testamentum.

(2) Id est, innupta : turpe enim foret nuptias sperare ejus quæ alteri nupta esset.

(3) Tutor potest ducere pupillam, postquam tutelæ rationem reddidit; et lapsus est annus utilis ex quo illa major viginti quinque annis facta est, intra quem demum Jure Pandectarum potuit restitui.

(4) De quo in Præfatione, *Part.* 2. *N. X.*

(5) Ex Lege XII Tabularum, id est ea non refragante.

(6) Haloander rectius legit *nepote.*

(7) Scilicet ne, si filius prior decederet, nepos qui in defuncti locum succederet, Suusque Heres fieret, rumperet Testamentum; cum ipse præteritus inveniretur.

(8) *Ex eo* nepote scilicet, *concipiatur* pronepos.

(9) Pronepos.

(10) Ita legit Cujacius. Vulgo legitur *vivo;* sed male, ut ex contextu liquet.

(11) Supple; deinde testatore proavo.

(12) Nepos post Testamentum vivo filio testatoris natus, Institui non potest; cum Suus Heres natus non fuerit, adeoque pro præterito habetur : hæc erat ratio dubitandi. Ratio autem decidendi hæc est : cum nepos, Suus Heres nunquam fuerit; ejus præteritio non rumpit Testamentum : adeoque non obest Institutioni pronepotis.

esset? Quod minime est expavescendum : hic (1) enim Suus Heres (2) nascitur, et post mortem nascitur. *l.* 29. § 8.

Ergo et si nepos (3) omittetur; qui natus erit ex nepote postea vivo filio (4), atque si ex eo natus esset adoptatur (5). *d. l.* 29. § 9.

XXX. *Secundum ampliationem recipit Galli sententia. Nimirum, quamvis in casum mortis filii nepotem Instituere docuerit; tamen* Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat qui ex verbis concipi possit (6). *d. l.* 29. § 1.

Et generaliter dicendum est, in quemcumque casum quo Suus Heres nasci potest, Institui eum posse.

Unde Scævola. Et quid si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim si aquæ et ignis interdictione peteretur : quid si nepos, ex quo pronepos iustitueretur (ut ostendimus) emancipatus esset (7)? Hi enim casus et omnes ex quibus Suus Heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad Legem Velleiam (8). Sed ex sententia Legis Velleiæ et hæc omnia admittenda sunt (9), ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint. *d. l.* 29. § 5.

Quid si qui filium apud hostes habebat, testaretur? Quare non induxere ut si antequam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis vivis (10) post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet? Nam hic casus ad Legem Velleiam (11) non pertinet. Melius ergo est ut in ejusmodi utilitate, præsertim post Legem Velleiam quæ et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur : ut Instituens nepotem qui sibi post mortem Suus nasceretur, recte Instituisse videatur quibuscumque casibus nepos post mortem natus Suus esset, rumperetque præteritus; atque etiam si generaliter Quidquid sibi Liberorum natum erit post mortem, aut quicumque natus fuerit sit Institutus, si Suus nasceretur. *d. l.* 29. § 6.

In omnibus his speciebus (12) illud servandum est; ut filius duntaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit Heres Institutus. Nam frustra Exheredabitur post mortem (13) suam. Quod non esse necessario (14) in eo filio qui apud hostes est, si ibi decedat, et in nepote certe et pronepote, quorum si Liberi Heredes Instituantur, Institutionem nunquam exigemus (15), quia possunt præteriri (16). *d. l.* 29. § 10.

§ 3. *Quando Posthumus videri debeat Institutus necne.*

XXXI. *Quum quis Instituit eum qui Vivo se nasceretur; non videbatur Jure Pandectarum Institutus Posthumus qui post mortem testatoris natus est, nec vice versa : ut videb. Art. seq.*

Item in specie sequenti dubium fuit an Posthumi Instituti videri deberent. Hanc ita refert Julianus. Si ita scriptum sit « Si filius mihi natus fuerit, » ex besse Heres esto, ex reliqua parte uxor mea » heres esto : si vero filia mihi nata fuerit, ex » triente Heres esto, ex reliqua parte Uxor heres » esto »; et filius et filia nati essent : dicendum est assem distribuendum esse in septem partes; ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit quam uxor; item

(1) Pronepos.

(2) Utpote patre et avo ejus ante testatorem mortuis.

(3) Ita emendat Cujacius. Vulgo *pronepos admittetur.*

(4) Id est, si filius vixerit post nepotem.

(5) Sensus hujus § est : Etsi nepos omnino Institutus non fuerit, et ante filium decesserit, deinde filius, deinde testator; valebit Institutio Posthumi pronepotis, quemadmodum valeret si ipse non ex nepote, sed ex ipso filio natus esset.

(6) Id est, in quemcumque casum quem verba Institutionis complectuntur.

(7) Uxore prægnante : alioquin pronepos qui ex eo nasceretur, non esset Suus Posthumus.

(8) Argumentum ducit ab exemplo Legis Velleiæ quæ de his duntaxat qui vivo testatore Sui Heredes nascuntur, statuit; et sunt Quasi-posthumi : de qua infra Art. 2.

(9) Scilicet ut quemadmodum Lex Velleia Quasi-posthumos nepotes qui vivo testatore nascuntur, in quemcumque casum pater eorum de potestate exiret, Instituere permittit, ita et Jure civili nepos ille (Posthumus Aquilianus et proprie dictus) qui post mortem testatoris nascitur, Institui posse similiter intelligatur in quemcumque casum pater ejus ex potestate exiret.

(10) Pluralem numerum hic pro singulari inconsiderate usurpatum animadvertit Cujacius post Bartholum; et sensum esse : *adhuc illo filio vivo.*

(11) Aliud exemplum ducit a Lege Velleia.

(12) Excepta (ut statim dicetur) ea specie in qua filius tempore testamenti esset captivus et in captivitate decessisset.

(13) Quando nepos ex asse Instituitur *Si vivo testatore filius moriatur,* et filius Exheredetur, cum per mortem filii conditio Institutionis nepotis demum existat, Exheredatio filii non poterit committi nisi post mortem suam. Talem autem Exheredationem non valere vidimus supra N. 12. Ergo hoc casu, cum filius nec sit utiliter Exheredatus nec ex ulla parte Institutus; ejus præteritio non sinet valere testamentum.

(14) Cujacius legit. *Quod non est necesse.*

(15) Id est, ut valeat testamentum in quo liberi ex filio apud hostes mortuo Instituti sunt; nunquam exigemus Institutum fuisse et ipsum captivum apud hostes mortuum, cujus liberi Instituti sunt.

(16) Supra N. 2. Cum enim apud hostes mortuus filius supponatur, item cum nepos pronepotve, vivo filio qui eos præcedebat mortui sint; nunquam ex quo testamentum factum est, fuerunt Sui Heredes.

uxor altero tanto amplius quam filia. Licet enim (1) regulæ conveniebat ruptum fieri testamentum; attamen quum [ex] utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere; ideo ad hujusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est. Quod etiam Juventio-Celso apertissime placuit. *l.* 13. JULIAN. LIB. 29. DIGEST.

§ 4. *Quatenus necessaria sit Institutio vel Exheredatio Posthumi Sui.*

XXXII. Posthumi Liberi cujuscumque (2) sexus omissi, quod valuit testamentum agnatione rumpitur. ULP. FRAGM. *tit.* 22. § 15.

Consonat quod rescribit Antoninus. Si post testamentum factum quo Posthumorum Suorum nullam mentionem testator fecit, filium filiamve suscepit; intestato vita functus est : cum agnatione Posthumi vel Posthumæ cujus non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi neque peti posse, explorati Juris est. *l.* 1. *Cod. de Posth. hered.*

Cæterum ita demum nativitas Posthumi testamentum rumpit, si perfecta sit. Unde Diocletianus et Maximianus rescribunt. Uxoris abortu testamentum mariti non solvi : Posthumo vero præterito, quamvis natus (3) illico decesserit, non restitui ruptum, Juris evidentissimi (4) est. *l.* 2. *Cod. d. tit.*

Quando autem perfecte natus quis intelligitur? Quum vivus his mensibus natus est, quibus perfectum partum nasci vidimus supra lib. 1. *Tit.* de Statu homin.

Cæterum nihil refert quomodo natus fuerit. Unde Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, NATUM accipe etsi exsecto ventre editus sit. Nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. *l.* 12. ULP. LIB. 9. AD SABIN.

Quid tamen si non integrum animal (5) editum sit, cum spiritu tamen? An adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit. *d. l.* 12. § 1.

Hoc Jus confirmat Justinianus; constituitque ut, quamvis Posthumus in manibus obstetricis nec vocem emiserit, modo ad nullum declinaret monstrum aut prodigium, rumpat testamentum. l. 3. *Cod.* de Posth. hered. instit.

XXXIII. *Ut nativitas Posthumi rumpat testamentum in quo præteritus est; non sufficit perfecte eum nasci. Oportet ut Suus Heres nascatur : talis autem non est si, quum nascitur, aliquis quamvis Exheredatus ipsum in familia præcedat.*

Hoc docet Ulpianus. Ita ille : Si quis filio Exheredato nuru prægnante relicta decesserit, et extraneum sub conditione instituerit; et pendente conditione post mortem patris, vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, Exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus : an rumpat testamentum? Et dicemus testamentum non rumpi; cum nec Exheredari hujusmodi nepos deberet ab avo quem pater præcedebat. Plane si forte Institutus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato non dubitatur. Utrumque propriis rationibus. Nam agnascendo quidem is rumpit, quem nemo præcedebat mortis tempore : ab intestato vero is succedit, cui ante eum alii non est delata hereditas; non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit. Sed hæc ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit : cæterum si postea conceptus; Marcellus scribit, neque ut Suum neque ut nepotem aut cognatum (6) ad hereditatem vel ad bonorum possessionem posse admitti. *l.* 6. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 10. AD SABIN.

Sed si pater ejus qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat; nepos iste patre in eadem causa decedente, post mortem avi succedendo (7) testamentum rumpet : quia supra scripta persona ei non obstat. Nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat; quanquam captivus reversus patris sui injustum faceret testamentum, in eo præteritus. *d. l.* 6. § 1.

Obiter nota : Sive autem in civitate nepos fuit conceptus, sive apud hostes; quoniam datur et partui postliminium (8), succedendo testamentum rumpit. *d. l.* 6. § 2.

XXXIV. *Hucusque de Posthumorum Instituendorum vel Exheredandorum necessitate.* Ex his apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum : illi injustum faciunt, hi rumpunt : illi semper; hi si nascantur, nec inveniant

(1) Enimvero, cum testator non videatur cogitasse de casu quo gemini Posthumi sibi nascerentur; sed tantum de casu quo, aut unus masculus, aut una femina nasceretur : posset fortasse ex subtiliori disputandi ratione dici, geminos qui nati sunt non esse ambos Institutos; adeoque ex præteritione ruptum esse testamentum. Verum neglecta hac subtilitate ambo videntur Instituti; quamvis testator non præviderit casum quo gemini nascerentur : et eamdem proportionem in dividenda hereditate inter matrem et singulos eorum esse servandam placuit, quam servari voluit testator in casu præviso, quo aut unicus filius aut unica filia nasceretur.

(2) Hac in re plus tribuitur Posthumis quam jam natis. Jure enim Pandectarum, ex his qui tempore testamenti nati sunt, solus filius Testamentum valere non sinit : ut vid. supra N. 3.

(3) Modo nativitas perfecta fuerit.

(4) Nam qui mortuo patre natus est, nascendo rupit testamentum patris, et statim ei extitit ipso Jure Suus Heres; et eam hereditatem patris ad Heredes suos transmisit, qui obstant quominus heredes in eo testamento scripti possint habere cum effectu Bonorum possessionem Secundum *tabulas*. Quod si ille Posthumus qui nascendo rupit testamentum, abstineret se hereditate; sustineretur Jure Prætorio testamentum, haberentque scripti heredes Bonorum possessionem *Secundum tabulas* cum effectu : quemadmodum obtinet in eo casu quo filius cujus præteritione nullum est testamentum, se abstinet; ut definitur in l. 17. ff. *de Injust. rupt. irrit. testam.*

(5) Puta, cui desit manus vel pes.

(6) Vid. infra lib. 36. Tit. *Unde cognati.*

(7) Id est, agnascendo, locum Sui Heredis subeundo. Cujac.

(8) Quo fingitur civis natus esse.

se Exheredatos. *l.* 3. § 3. *d. tit.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

§ 5. *Quomodo Instituti aut Exheredari debeant Posthumi.*

XXXV. *Posthumi, et quidem utriusque sexus, pure Institui debent. Enimvero* Posthuma (1) sub conditione Heres Instituta, si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum. *l.* 24. PAUL. LIB. 9. QUÆST.

Cæterum Quum Posthumus sub conditione Instituitur; si, priusquam nascatur, conditio extiterit, non rumpitur (2) testamentum Posthumi agnatione *l.* 22. TERENTIUS-CLEMENS LIB. 17. AD L. JUL. ET PAPIN.

XXXVI. *Quod ad Exheredationem Posthumorum attinet, intererat Jure Pandectarum cujus sexus essent. Enimvero* Posthumus filius Nominatim Exheredandus est: filia Posthuma cæteræque Posthumæ feminæ, vel NOMINATIM vel INTER CÆTEROS; dummodo INTER CÆTEROS Exheredatis aliquid legetur (3). ULP. FRAGM. *tit.* 22. § 21.

Nepotes et pronepotes cæterique masculi posthumi, præter filium, vel NOMINATIM, vel INTER CÆTEROS cum adjectione legati, sunt Exheredandi. Sed tutius est tamen nominatim eos Exheredari, et id observatur magis. *d. tit.* 22. § 19.

Alibi autem idem Ulpianus : Posthumi per virilem sexum descendentes, ad similitudinem filiorum NOMINATIM Exheredandi sunt; ne testamentum agnascendo rumpant. *l.* 3. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Nunc Jure Justinianeo, tam Posthumi quam jam nati, cujuscumque sexus aut gradus, nominatim Exheredandi sunt. l. fin. Cod. de Liber. præt.

XXXVII. Nominatim autem Exheredatus Posthumus videtur; sive ita dixerit, QUICUMQUE MIHI NASCETUR; sive ita, EX SEIA; sive ita, VENTER Exheres esto. Sed et si dixerit, POSTHUMUS EXHERES ESTO; natus vel post mortem vel vivo testatore, non rumpet. *l.* 3. § 5. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Sed et Si ita facta sit Exheredatio, SI FILIUS NATUS NATAVE SIT, EXHERES ESTO; utrisque natis (4), non rumpitur testamentum. *l.* 14. *d. tit.* PAUL. LIB. SING. DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

XXXVIII. *Exheredatio Posthumi, sicut et ejus qui jam natus est, debet fieri a toto heredum gradu cui hereditas defertur.*

Quid autem si testamento plures heredum gradus sint, an ab omnibus Posthumus erit Exheredandus? Ponamus a toto primo gradu Posthumum Exheredatum, a sequentibus præteritum, quid Juris obtinebit? Primus gradus a quo Exheredatus est valebit, sequentes agnascendo rumpet.

Et quidem Si Posthumus a primo gradu Exheredatus, a secundo præteritus sit; quamvis eo tempore nascatur quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum vitiari placet: ad hoc ut, prætermittentibus institutis, ipse Heres existat. Imo et si defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire. *l.* 14. AFRIC. LIB. 4. QUÆST.

Nam et quum duobus heredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione a primis Exheredatus Posthumus, a secundis præteritus fuerit; si alter ex institutis omiserit, quamvis Posthumus excludatur (5), non tamen magis substitutum admitti (6). *d. l.* 14. ¶ *nam et quum.*

Suffragatur Ulpianus. Denique et deliberantibus primo gradu scriptis heredibus; qui secundo gradu scripti sunt heredes, obtinere hereditatem non possunt. Gradu enim rupto et infirmato, amplius hereditas inde obtineri non potest. *l.* 4. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 4. DISPUT.

XXXIX. *Quamvis autem sequentes gradus a quibus Posthumus præteritus est, rumpantur; prior tamen gradus a quo Exheredatus est, valet.*

Unde Ulpianus : Licet autem Posthumus præteritus agnascendo rumpat, tamen interdum evenit ut pars (7) testamenti rumpatur : ut puta si proponas a primo gradu Posthumum Exheredatum, a secundo præteritum. Nam hic primus gradus valet, secundus ruptus est. *l.* 3. § 6. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Uno tamen casu præteritio Posthumi a secundo gradu, et primum heredum gradum a quo Posthumus Exheredatus est vitiabit. V. G. Si ego et

(1) Contra supra N. 14. dicitur Suos Heredes, solo excepto filio, sub conditione Instituti posse. Solve : ibi de jam natis agebatur; quod ad jam natos autem attinet, solius filii prætertione Jure Pandectarum inutile efficiebatur Testamentum; ergo solus filius non poterat sub conditione Institui. At contra vidimus N. 32. Posthumos cujuscumque sexus et gradus præteritos, agnascendo rumpere testamentum : ergo cujuscumque sexus aut gradus sint, non debent sub conditione Institui; ne pendente ea nati, nec Heredes nec Exheredes inveniantur.

(2) Nam per existentiam conditionis factum est ut, quum nascetur, Heres inveniatur.

(3) Ne per oblivionem credi possent Exheredatæ, si nihil eis legaretur. In qua re Posthumorum melior conditio, quam jam natorum quibus relinquere necesse non erat.

(4) Uterque enim recte sic Exheres videtur.

(5) Quia mortuus est Posthumus antequam alter ex institutis omitteret. Cujac.

(6) Hujus enim substitutio non valet, cum ab eo Posthumus non fuerit Exheredatus : sed an ad coheredem Institutum, an ad legitimos revertetur Hereditas? Dic, ad legitimum : infra N. 40.

(7) *Partes* Testamenti appellat, diversos Institutionum gradus. Hoc sensu *Pars Testamenti* rumpitur, quum V. G. secundus gradus a quo Posthumus præteritus est, infirmatur; quamvis primus gradus a quo Exheredatus est, valeat. Cæterum per illum primum gradum, testamentum sustinetur in solidum.

Titius instituti simus, et a nobis Posthumus Exheredatus sit, a substitutis nostris non sit Exheredatus; Titio defuncto, ne ego quidem adire potero. Jam enim propter instituti personam (1) a quo Posthumus Exheredatus est, in cujus locum substitutus vocatur a quo Posthumus Exheredatus non est, ruptum est testamentum. *l.* 19. *ff. de Injust. rupt.* SCÆVOLA LIB. 6. QUÆST.

Sed si ego et Titius invicem substituti simus: quamvis in partem substitutionis Exheredatus non sit; mortuo vel repudiante Titio, me posse adire puto et ex asse heredem esse (2). *d. l.* 19. § 1.

In prima tamen specie, etsi vivat Titius, neque ego sine illo, neque ipse sine me adire poterit; quia incertum est (3) an adhuc alteru omittente rumpatur testamentum. Itaque simul adire possumus. *d. l.* 19. § 2.

XL. *Videmus primum heredum gradum a quo Posthumus Exheredatus est, valere; quamvis sequentes gradus a quibus præteritus est, rumpantur. Contra vice versa obtinet. Rupto enim primo gradu per agnationem Posthumi ab eo præteriti, sequentes a quibus Exheredatus est rumpuntur.*

Et ratio discriminis est quod, quum Posthumus rumpit gradum substitutorum cui locus non est quamdiu institutis hereditas defertur, sibi locum facere non potest; adeoque non potest obstare primo gradui: at quum primum gradum cui hereditas defertur, rumpit; sibi locum facit, adeoque obstat omnibus gradibus.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille: Nam et si sub conditione sit heres institutus quis, a quo Posthumus non est exheredatus; tamen pendente conditione rumpitur gradus, ut et Julianus scripsit. Sed et si sit ei substitutus quis; etiam deficiente conditione primi gradus, non admittetur substitutus, a quo scilicet Posthumus Exheredatus [non (4)] est. Puto igitur, existente quidem conditione primi gradus, Posthumo potius locum fore. Post defectum autem conditionis natus Posthumus gradum non rumpit, quia nullus est (5). Rumpendo autem testamentum sibi locum facere Posthumus solet, quamvis filius (6) sequentem gradum a quo Exheredatus est patiatur valere. Sed si a primo gradu præteritus, a secundo Exheredatus sit; si eo tempore nascatur Posthumus quo aliquis ex institutis vixit; totum testamentum ruptum est. Nam tollendo primum gradum, sibi locum facit (7). *l.* 5. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Neque solum si gradus a quo Posthumus præteritus est, omnium graduum primus sit; sed et quum ab alio gradu præceditur: gradus omnes qui hunc a quo Posthumus præteritus est sequuntur, cum ipso infirmantur.

Itaque et si a primo gradu Exheredatus, a secundo præteritus, a tertio Exheredatus sit; et viventibus primis et deliberantibus decedat: quæri solet, omittentibus primis aditionem (8), utrum ad eos qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas? Quo et ipso

(1) Sensus est: propter Instituti personam quæ locum facit substituto, a quo Posthumus præteritus est, rumpitur testamentum. Sufficit enim pro parte testamentum ruere, ut totum ruat; cum non possit pro parte consistere, neu quis partim testatus, partim intestatus decedere.

(2) Quia scilicet possum, non ex substitutione quam Posthumus rupit, sed Jure accrescendi, totam ex primo gradu occupare hereditatem. Ubi nota, supponendum in specie hujus legis, me ex iis personis esse quibus antiquum jus accrescendi leges caducariæ servaverunt. Quo posito, patet ex hoc *jure accrescendi* me assem habere, non in vim *substitutionis*: hæc siquidem rupta est, et nullius momenti; cum Posthumus *in partem substitutionis Exheredatus non sit*, adeoque præteritus eam valere non sinat. Neque enim dici potest, ex eo quod substitutio est reciproca, et a nobis institutis Posthumus Exheredatus est, tacite quoque eum et per consequentias ab iisdem nobis substitutis pariter Exheredatum videri. Minime hoc patitur ratio Juris, quæ nullam aliam nisi expresse et nominatim factam exheredationem vult admitti. Cum ergo ex *jure accrescendi* assem habeam, non ex substitutione: sequitur quod licet species legis sit in casu quo Ego et Titius invicem substituti sumus; idem tamen prorsus obtineret, etsi ego solus Titio substitutus fuissem, non etiam ille mihi.

His non obstat quod jus substitutionis potentius sit jure accrescendi: unde dicendum videretur (quæ forte fuerat in hac specie ratio dubitandi) partem Titii deficientis mihi prius ex substitutione deferri debuisse; rupto autem per Posthumi præteritionem gradu substitutionis testamentum corruere debuisse, sicut in specie præcedenti. Tunc enim demum substitutio potentior est jure accrescendi; quum partem in quam testator substituit, aut totam, aut pro parte saltem defert alteri quam ei cui accresceret. At quum in eamdem partem substitutus sum, quæ etiam citra substitutionem mihi accresceret, et quidem invito, et ex Juris necessitate; hoc casu pro supervacua haberi debet substitutio. Unde recte intelligor hic ex jure ipso meæ institutionis a qua Posthumus Exheredatus est, in partem deficientem succedere jure accrescendi.

(3) Hereditas ex testamento non defertur, quamdiu potest rumpi. Vid. Tit. *de Acquir. vel omitt. hered.* lib. seq.

(4) Hanc negationem redundare recte Cujacius notat; et ex his quæ sequuntur perspicuum est. Id enim Jurisconsultus docet in h. l. quod, sive deficiat, sive existat conditio primi gradus qua pendente Posthumus natus est, non fit locus substituto; quamvis a substitutione Exheredatus sit: quia rumpendo primum gradum, et sequentes rupit.

(5) Posthumus pendente primi gradus (a quo præteritus est) conditione natus, rumpit hunc gradum, et per consequentiam sequentes: adeoque non valent, quamvis postea conditio primi gradus defecerit. At si jam hæc conditio defecerat, antequam nasceretur; jam nullus est primus gradus quem nascendo possit rumpere: adeoque valent sequentes gradus a quibus Exheredatus est.

(6) Jam natus: et in hoc differt a Posthumo.

(7) Hic indicatur ratio disparitatis. Filius tempore testamenti natus a primo gradu præteritus, sequentes a quibus Exheredatus est valere patitur; quia scilicet, cum primus gradus ab initio non constiterit, testamentum a gradu sequenti exordium sumpsit: et cum huic primo gradui nunquam locus esse potuerit, non est unde hic filius sibi locum facere possit. At contra primus gradus a quo Posthumus præteritus est, ab initio constitit et substantiam testamenti constituit: Igitur illum rumpendo testamentum rumpit sibique locum facit; unde sequentes gradus valere non possunt, quibus obstat Posthumus qui sibi locum fecit.

(8) Ita emendat Cujacius. Vulgo male *editionem*.

casu rectius existimari putavit, ad legitimos eam pertinere (1). *l.* 14. ¶ *itaque.* AFRICANUS LIB. 4. QUÆST.

XLI. *Illud observandum superest nihil differre Posthumos inter et jam natos, quoad locum Exheredationis; id est, eam testamenti partem in qua Exheredari debent.*

Unde etiam ante heredis institutionem, vel inter medias heredum institutiones, vel inter grados, Exheredari possunt. Nam D. Marcus decrevit idem in Posthumo quod in filio servandum: nec ratio diversitatis reddi potest. *l.* 3. § 2. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

ARTICULUS II.

De iis qui Posthumorum loco sunt.

XLII. *Posthumorum loco sunt, qui vivo testatore nati post testamentum factum incipiunt primum in familia ejus gradum obtinere.*

Illi, non secus ac Posthumi proprie dicti, testamentum rumpunt; si in eo nec Heredes nec Exheredes scripti inveniantur.

Secus de his qui post testamentum incipiunt in potestate testatoris esse, sed non primum in ejus familia gradum obtinent. Unde Tertullianus. Sed si filiusfamilias miles fecisset testamentom, deinde postea vivo eo et adhuc avo quoque superstite nasceretur ei Posthumus; non rumpitur ejus testamentum: quia, cum id qnod nasceretur in potestate ejus non perveniret, non videtur Suus Heres agnasci; ac ne avo quidem suo hunc nepotem Posthumum (cum vivo filio nasceretur) Suum Heredem protinus agnasci: et ideo nec avi testamentum rumpi, quoniam licet in potestate avi protinos esse inciperet, tamen antecederet eum filius. *l.* 33. § 1. *ff. de Testam. mil.* LIB. SINGUL. DE CASTRENSI PECULIO.

§ 1. *De Lege Velleia, et Posthumis* Julianis.

XLIII. *Quemadmodum Jus Civile providit ne Posthumi proprie dicti tam Vulgares* (2) *quam Aquiliani rumperent testamentum, permittendo eos Heredes Institui vel Exheredari; ita pariter circa eos qui Posthumorum loco sunt providit Lex Velleia: quæ quidem duas duntaxat horum Quasi-Posthumorum species complexa est; sed ad cæteras, ejus sententia porrigitur.*

Igitur Nunc de Lege Velleia videamus. Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. *l.* 29. § 11. SCÆVOLA LIB. 6. QUÆST.

Et videtur primum Caput eos spectare, qui, quum nascerentur, Sui Heredes futuri essent.

Et rogo: Si filium habeas, et nepotem nondum natum [tantum] ex eo Heredem Instituas; filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Et verbis dicendum est non rumpi testamentum; ut non solum illud primo Capite notaverit, si nepos [qui (3)] eo tempore instituator quo filius non sit, verum et si vivo patre (4). Quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici? Cum satis sit observari id tempus qoo nascitur. Nam et [si (5)] ita verba sunt (6): QUI TESTAMENTUM FACIET, IS OMNIS VIRILIS SEXUS QUI EI SUUS HERES FUTURUS ERIT, etc. etiamsi [vivente] parente (7) vivo nascantur. *d. l.* 29. § 12.

XLIV. *Videtur quidem Institutus qui vivo testatore post testamentum Suus Heres nascitur: sive testator instituerit expresse eum qui vivo se nasceretur, sive instituerit indeterminate quemcumque qui sibi nasceretur. Secus, si instituit expresse eum qui post mortem suam nasceretur. Idem vice versa dici potest de Posthumo proprie dicto: ut tunc demum videatur institutus, quum aut expresse eum qui post mortem suam nasceretur, aut quum indeterminate Posthumum instituit; non vero quum instituit eum qui vivo se nasceretur.*

Hoc docet Pomponius. Ita ille: Commodissime is qui nondum natus est, ita Heres Instituitur; SIVE VIVO ME, SIVE MORTUO NATUS FUERIT, HERES ESTO: aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione. Si alteruter casus omissus (8) fuerit; eo casu qui omissus sit, natus rumpit testamentum: quia hic filius (9) nec sub conditione quidem scriptus Heres intelligitur, qui in hunc casum nascitor qui non est testameoto apprehensus [a]. *l.* 10. POMPON. LIB. 1. AD SABIN.

Justinianus autem constituit ut, Posthumo in unum casum Instituto, et in alterum casum Institutus intelligeretur. l. fin. Cod. de Posth. hered.

(1) Posthumus enim nascendo rupit secundum gradum a quo præteritus erat, et per consequentias secundi tertium. Nec refert quod adhuc deliberantibus primis decesserit. Ruptus est enim nativitate Posthumi secundus gradus, quamvis nondum defecisset primus.

(2) *Vulgares* Posthumos appello quos tempore testamenti nullus in familia antecedebat: *Aquilianos* quos filius aut alius antecedebat, et qui ex sententia Galli-Aquilii institui possunt; ut vid. supra N. 28.

(3) Hæc vox *qui* abundat et hic male irrepsit. Cujac.

(4) Supple *Instituatur*: in cujus verbi locum male vulgo substituitur, *nascatur*: quod delevi, nixus auctoritate Cujacii. Et recte. Nam si vivo patre nasceretur, non nasceretur Suus Heres; adeoque non pertineret ad hoc primum Caput quod est (ut supra vid.) de his qui, quum nascerentur, Sui Heredes futuri essent.

(5) Legendum, et *ita*; deleta conjunctione *si*. Cujac.

(6) Hujus primi Capitis Legis Velleiæ.

(7) Testatore.

(8) Alter expressus.

(9) Sensus est: si quis vivo testatore nascatur, et testator ita scripserit: *Si quis post mortem meam nascetur*: non videtur institutio sub conditione facta; sed is qui post mortem nasceretur, est pure institutus; is autem qui vivo testatore nascitur, non fuit institutus sub conditione quæ defecit, sed nullatenus institutus fuit: cum non ipse, sed alius qui post mortem nasci potuit, fuerit institutus.

[a] *Alias* comprehensus.

XLV. *Vidimus quomodo ex Lege Velleia Instituti possint qui post testamentum, vivo testatore, nascerentur Sui Heredes.*

Quid si Heredes scripti non fuerint? Sed et hi qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per Legem Velleiam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati. *l.* 3. § 1. § *sed et hi. ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Si autem talis Posthumus Exheredatus quidem non sit, nec Heres scriptus primo gradu, sed sit substitutus; si quidem post mortem instituti cui substitutus est nascatur, testamentum non rumpet, et erit ex substitutione Heres. Hoc docet Julianus. Ita ille: Si pater filiom impuberem Heredem scripserit, et ei substituerit si quis sibi post mortem (1) natus erit; deinde vivo patre Posthumus natus fuerit: testamentum vivo rumpetur (2); Post mortem autem fratris, vivo patre natus, solus Heres patri suo existet (3). *l.* 26. *ff. de Vulg. et pupill. substit.* JULIAN. LIB. 29. DIGEST.

XLVI. *Jam ad secundum Legis Velleiæ Caput transeundum est.*

Primum Caput de quo egimus, hos Quasi-Posthumos spectat qui post testamentum nascuntur Sui Heredes. Hoc autem secundum Caput spectat eos qui tempore testamenti jam nati sunt; post testamentum autem succedendo in Suorum Heredum locum, incipiunt Sui esse Heredes.

De his ita Gaius. Posthumorum loco sunt et hi qui in Sui Heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus Sui Heredes. Ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam: quià filius gradu præcedit, is solus jura Sui Heredis habet, qoamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius meus me vivo morietur, aut qualibet ratione (4) exeat de potestate mea; incipit nepos neptiave in ejus loco soccedere, et eo modo jura Sunrum Heredum quasi aguatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpat mihi testamentum: sicut ipsum filium vel Heredem Instituere, vel Exheredare nominatim debeo, ne non jure faciam testamentum; ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel Heredem Instituere vel Exheredare, ne forte me vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpat testamentum. Idque Lege Junia-Velleia provisum est. *l.* 13. *ff. de Injust. rupt.* LIB. 2. INSTITUT.

De his etiam ita Ulpianus. Succedendo itaque Sui non rumpunt, sive fuerint Instituti vel Exheredati ab eo gradu ad quem hereditas defertur; scilicet si gradus ille valeat (5). *l.* 6. § 3. *ff. d. tit.* ULP. LIB. 13. AD SABIN.

Quocumque autem modo parentes præcedentes in potestate esse desierint; succedentes Liberi, si fuerint Instituti vel Exheredati, non rumpent testamentum; sive per captivitatem, sive per mortem vel pœnam. *d. l.* 6. § 4.

Hoc accipe non solum de nepotibus, sed et pronepotibus et deinceps qui in primum familiæ locum succedere intelliguntur.

Unde Scævola. Sequenti parte (6), succedentes in locum liberorum non vult Lex rumpere. Et ita interpretandum est; ut si et filium et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque (7), pronepos Institutus succedens in Sui Heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent, SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT (8); ad omnes casus pertinentia quos supplendos in Galli-Aquilii sententia diximus (9). Nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens (10) nepos avo mortuo rumpat; sed et si supervixit patri ac decedat, dummodo Heres Institutus sit aut Exheredatus. *l.* 29. § 13. LIB. 6. QUÆST.

XLVII. Videndum num hac posteriore patre SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT, LIBERI EJUS, etc. IN LOCUM SUORUM SUI HEREDES SUCCEDUNTO, possit interpretatione induci, ut si

(1) Fratris heredis instituti.

(2) Enimvero præteritus invenitur. Non enim potest videri scriptus Heres; cum is scriptus sit qui post mortem fratris nasceretur; ille autem vivo fratre natus sit. Præterea secundo gradu scriptus esset duntaxat; adeoque a primo gradu præteritus.

(3) Ex substitutione vulgari, non ab intestato. Cum enim defecerit primus gradus antequam natus esset; et, quum nascitur, gradus in quo scriptus est factus sit ex secundo primus: non potest videri præteritus.

(4) Puta, emancipatione.

(5) Nam si primus gradus a quo Exheredati sunt, non valeat; præteritio eorum a sequenti gradu, rumpit testamentum.

(6) Id est, secundo Capite Legis Velleiæ.

(7) Tam filio quam nepote.

(8) Hæc verba sunt initium hujus secundi Capitis Legis Velleiæ quod ita supplet Ant. Augustinus. *Si quis ex suis Heredibus Suus Heres esse desierit, liberi ejus et cæteri in locum Suorum Sui Heredes succedunto; nec ob eam rem, si Instituti aut nominatim Exheredati ad similitudinem Posthumorum sunt, minus ratum esto Testamentum.*

(9) Supra N. 29 et 30.

(10) Ita emendat Cujacius: vulgo legitur *nec succedens pronepos.* Sensus est: Ratio cur credi possit pronepotis institutionem ex hoc secundo Legis Velleiæ Capite factam, ita demum utilem esse posse si nepos vivo patre suo decedat, hæc est nimirum quia, si nepos supervixisset patri suo (qui est pronepotis avus) hic nepos succedens avo pronepotis mortuo (qui est ipsius nepotis pater) et incipiens esse Suus Heres; ipse rumperet testamentum in quo pronepos est institutus; adeoque inutilis esset institutio pronepotis, cum testamentum per nepotis agnationem rumperetur. Respondet autem Scævola: Hæc ratio ita demum militat si nepos fuit præteritus. Quod si nepos ipse fuit Heres vel Exheres scriptus; etiamsi supervixerit patri suo, agnatio ejus non rumpet testamentum: adeoque, etsi supervixerit patri nepos, et postea decedat, utilis erit pronepotis institutio.

filium apud hostes habens nepotem ex eo Heredem Instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet (1)? Nihil enim addidit quo significaret tempus. Nisi quod licet audenter possis dicere, vivo patre hunc Suum Heredem esse desiisse (2), licet post mortem decedat; quia nec redit, nec potest redire. *d. l.* 29. § 14.

XLVIII. *Ad aliam quasi-Posthumorum speciem transeundum est qui* Juliani *dicuntur; eos scilicet qui quasi commixtis duobus Capitibus Legis Velleiæ sententia contineri intelliguntur.*

De his ita adhuc Scævola. Ille casus in difficili est; si filium habeas, et nepotem nondum natum Instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim Suus Heres est tempore quo nascatur (3); nec Posteriore (4), alii succedendo, prohiberi videtur rumpere quam qui jam natus erit. Denique et superiore Capite, ut liceat Institui nondum natos qui quum nascentur Sui erunt, permitti: posteriore Capite Non permittit Institui (5), sed vetat rumpi; neve ob cam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet ut utiliter sit Institutus; quod nullo (6) jure potuit, qui nondum natus erat. Juliano tamen videretur duobus quasi Capitibus Legis commixtis, in hoc quoque inducere Legem ne rumpantur testamenta. *d. l.* 29. § 15.

Hic obiter Quæremus tamen, cum recepta est Juliani sententia; an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte (7) adire possit hereditatem? Quod magis probandum est (8). Nam emancipatione Suus Heres fieri non potuit. *d. l.* 29. § 16.

§ 2. *De aliis Quasi-Posthumorum speciebus.*

XLIX. *Posthumorum etiam loco sunt extranei, qui post testamentum a testatore adoptati Sui Heredes ei esse incipiunt. Nam* Verum est adoptione vel adrogatione filii filiæve testamentum rumpi; quoniam Sui Heredis agnatione solet rumpi. *l.* 8. *ff. de Inj. rupt.* Ulp. lib. 11. ad Sabin.

Cæterum si instituti fuerint, eorum Institutio impediet quominus testamentum rumpant. Enimvero Si qui heres institutus est, a testatore adrogetur; potest dici satis ei factum: quia et antequam adoptetur, Institutio ut in extraneo locum habebit. *l.* 18. *ff. de Injust. rupt.* Scævola lib. 5. quæst.

Ad similitudinem autem ejus qui post testamentum in locum Filii adoptatur; ita etiam Si Titius heres institutus loco Nepotis (9) adoptetur; defuncto postea filio qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo qui heres invenitur. *l.* 23. § 1. Papin. lib. 12. quæst.

Ergo extranei institutio qui postea adoptatur, obstat quidem quominus ille testamentum rumpat, quum per adoptionem Suus Heres esse incipit. Sed non idem vice versa dicendum est de ejus Exheredatione. Exheredatio enim extranei nullius momenti est; cum in eum duntaxat cadere possit cui ex Lege aut ex Edicto speratur hereditas. Ideoque etsi fuerit Exheredatus, hæc Exheredatio non obstabit quominus postea Suus Heres esse incipiens testamentum rumpat.

Ita tamen, quum prorsus extraneus est is qui adoptatur. Verum Filio quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, Exheredationem antea scriptam nocere dixi. Nam in omni fere Jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur (10): Ne imagine, naturæ Veritas adumbretur; videlicet quod non translatus, sed redditus videretur. Nec multum puto referre (11) (quod ad propositum attinet) quod loco nepotis filium Exheredatum pater adrogavit. *l.* 23. Papin. lib. 12. quæst.

(1) Ratio cur posset negari hæc species ad secundum Caput Legis Velleiæ pertinere; est, quia cum filius post mortem testatoris decedat, nepos post mortem demum testatoris videtur in Sui Heredis locum succedere: porro Lex Velleia videtur esse de his qui *vivo testatore* succedunt. Contra ut hæc species ad secundum Caput Legis pertineat, allegat primo quod in hoc secundo Capite non exprimatur quo tempore quis in sui Heredis locum succedere debeat, an vivo testatore, an post mortem ejus. Qua tamen ratione non multum innititur Scævola. Unde aliam addit subjungendo quæ sequuntur: *Nisi quod licet, etc.*

(2) Hunc filium scilicet. Cum enim non redierit filius, nec possit redire utpote qui apud hostes mortuus supponatur; certe ex quo captus est, desiit in potestate testatoris esse: adeoque ex eo nepos, vivo testatore in Sui Heredis locum successisse videri debet.

(3) Adeoque ad primum Caput non pertinet.

(4) Id est, nec ad posteriorem Legis partem videtur pertinere. Quia nimirum ad hanc partem is demum pertinet qui tempore testamenti natus est, et post testamentum in Sui Heredis locum succedit. Is autem supponitur natus post testamentum.

(5) Nulla enim lege opus fuit ut qui jam natus est tempore testamenti, possit institui.

(6) Id est, Ut Posthumus de quo egimus utiliter institutus, nullo Jure potuit fieri. Non Jure Civili: Jus enim civile est de his qui post mortem testatoris nascuntur. Non Lege Velleia: nam hæc Lex est de his qui nascuntur Sui Heredes; hic autem talis non natus est, cum pater ejus præcederet.

(7) *Emancipati*, sponte adeunt; *Sui* existunt necessarii Heredes: ut infra videb. Tit. *de Hered. Instit.*

(8) Supple: de qua tamen specie magis dubium erat an institutio valeret. Nam cum emancipatione ei contingat ut nunquam Suus Heres fieri, nec in patris locum succedere possit; videtur prorsus Posthumus alienus, qui institui non potest.

(9) Et quidem loco nepotis quasi ex tali filio.

(10) Sensus est: non simpliciter et mere adoptivus intelligitur; neque enim est ascititius filius, sed naturalis. Familiæ ex qua exciderat, redditur; adeoque non omnia quæ de mere adoptivis dicuntur, ad eum trahi debent.

(11) Id est, quamvis non reddatur ei gradus filii quem habebat; tamen adhuc distat a mere adoptivis; in hoc ut Exheredatio ejus ei noceat.

L. *Posthumi loco etiam intelligi poterat Jure veteri, filius qui per emancipationem alienatus, postea ab emptore emancipatus in potestatem patris naturalis post testamentum redibat: de quo infra lib. 38. Tit.* de Suis et legit. heredib. *Adeoque rumpebat testamentum, nisi Heres aut Exheres scriptus inveniretur.*

At Filia quum emancipatur vel nepos, quia una emancipatione exeunt de potestate testamentum non rumpunt. *l.* 8. § 1. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 11. AD SABIN.

LI. *Posthumi etiam loco est nepos qui in potestate avi existens, mortuo avo in potestatem patris sui recidit: adeoque testamentum quod pater de Castrensi facere potuit, rumpit; nisi in eo Heres aut Exheres scriptus sit.*

Hoc autem obtinet sive nascatur post testamentum, sive testamenti tempore jam natus erat. Varias illas duas species referunt Tryphoninus et Tertullianus.

Species Prima. Filiusfamilias miles de castrensi peculio fecit testamentum, habens filium in ejusdem potestate. Quum militare desiisset, patre eodemque avo defuncto, quæsitum est an rumpatur ejus testamentum; Non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius: nec priore subducto de potestate Suo Herede, ulterior succedit in proximum locum: sed tamen in potestate sua habere cœpit quem non habebat, simulque paterfamilias factus est, et filius sub ejus recidit potestate. Rumpetur ergo testamentum. Sed si Heres sit Institutus vel Exheredatus iste ejus filius, non rumpitur; quia nullo (1) circa cum novo facto, sed ordine quodam naturali, nanctus est potestatem. *l.* 28. § 1. TRYPHONIN. LIB. 20. DISPUT.

Species Secunda. Sed etsi vivo avo nascatur Posthumus; hic non rumpet continuo (2) patris testamentum: si supervixerit post mortem avi, vivo adhuc patre, rumpet; quod novus illi nunc primum heres agnoscitur; ita tamen ut nunquam possit duorum simul (3) testamenta rumpere, et avi et patris. *l.* 33. § 3. *ff. de Testam. mil.* TERTULLIAN. LIB. SINGUL. DE CASTR. PECUL.

LII. *Una superest Posthumorum species; de quibus dubitatur an Posthumis annumeranda sit, an quasi-Posthumis.*

Hanc ita refert Scævola. Si ejus qui filium habeat, et nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique vivo avo et ejus filio pariat (4); ille post mortem patris atque avi redeat; utrum hic casus ad Legem Velleiam respiciat, an ad Jus antiquum aptandus sit (5); possitque vel ex Jure antiquo, vel ex Velleia Institutus non rumpere? Quod quærendum est, si (6) jam mortuo filio, nepotem pariat (7), redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpitur (8), nihil refert utrum ex Jure antiquo an ex Lege Velleia excludatur. *l.* 29. § 7. SCÆVOLA LIB. 6. QUÆST.

LIII. *Non est autem Posthumus nec Posthumi loco, is qui per suum aut patris reditum ab hostibus in potestatem patris recidit; quia fictione postliminii nusquam exivisse fingitur.*

Igitur Si pater ab hostibus capiatur filio manente in civitate; reverso eo non rumpitur testamentum. *l.* 9. *ff. de Inj. rupt. Testam.* PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

Sed nec filius postliminio rediens rumpit patris testamentum (9); ut Sabinus existimavit. *l.* 10. *ff. d. tit.* PAUL. LIB. 1. AD VITELLIUM.

LIV. *Hactenus enumeravimus omnes qui Posthumorum loco sunt: qui omnes ad instar Posthumorum proprie dictorum testamentum rumpunt, si in eo inveniantur præteriti.*

Hoc tamen cum hac limitatione accipiendum est; ut, si postquam Sui Heredes esse cœperunt, ipsi vivo testatore moriantur, Prætor testamentum sustineat: ut ait Ulpianus.

Posthumus præteritus, vivo (10) testatore natus decessit. Licet Juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur; attamen si signatum fuerit testamentum, Bonorum possessionem SECUNDUM TABULAS accipere heres scriptus potest; remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea quæ sibi relicta

(1) Hic notatur discrimen inter hunc quasi-Posthumum et inter extraneum qui post testamentum a testatore adoptatus est. Ille ex casu de novo contingente in familiam patris adoptivi transivit: nec erat tempore testamenti ulla naturalis ratio cur hereditatem testatoris sperare posset; adeoque perperam Exheredatus est. At quum hic nepos mortuo avo in potestatem patris recidit; non tam casus de novo contingit, quam ordo naturæ impletur: jam eo tempore quo ejus pater testatus est, talis erat qui servato naturæ ordine in ejus potestatem aliquando recidere deberet, et consequenter ejus hereditatem sperare posset; adeoque jam tunc recte potuit Exheredari.

(2) Quia in ejus potestate non nascitur.

(3) Non potest enim eodem tempore duobus Suus Heres effici.

(4) Nepotem scilicet qui institutus est.

(5) Dubitabatur an posset dici *ad Jus antiquum* pertinere qui vivo testatore natus est: Jus enim antiquum non est nisi de his qui post mortem nascuntur. Dubitabatur etiam an posset dici *ad Legem Velleiam* pertinere, quæ est de his qui vivo testatore nascuntur: at is demum, post mortem testatoris ab hostibus reversus est, et Suus heres esse incœpit. Hanc quæstionem non solvit Scævola, sed ait ad quodcumque Jus ille pertineat, ejus Institutionem obstare quominus testamentum rumpat.

(6) Quasi diceret: Eadem quæstio est et *si jam mortuo, etc.*

(7) Ita emendat Cujacius. Vulgo male, *pronepotem Instituat.*

(8) Si quidem Institutus est.

(9) Sed utroque casu testamentum aut ab initio inutile fuisse intelligitur; si filius ille præteritus fuit; aut valet, si Heres Exheresve scriptus est.

(10) Secus de vero Posthumo qui post mortem testatoris nascitur: quamvis ille illico moriatur, non convalescit testamentum, ut vid. supra N. 32. Vide in Notis rationem disparitatis.

sunt securi. Idem (1) et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum; si bonorum possessio (2) data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit. *l.* 12. *de Inj. rupt. testament.* ULP. LIB. 4. DISPUT.

Aliter obtinet circa Posthumos Cornelianos *qui Posthumis proprie dictis magis quam quasi-Posthumis annumerandi sunt.*

De his enim ita Javolenus. Qui uxorem prægnantem habebat, in hostium potestatem pervenit. Quæro, filio nato, quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur; et, si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint? Respondi : Non puto dubium esse quin per Legem Corneliam quæ de confirmandis eorum testamentis qui in hostium potestate decessissent lata est, nato filio, continuo ejus testamentum qui in hostium potestate sit rumpatur. Sequitur ergo ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat (3). *l.* 15. *ff. de Injust. rupt.* LIB. 4. AEGUL.

(1) Id est, idem erit dicendum circa *Injustum* testamentum, scilicet in quo Juris Civilis solemnia desunt; puta mancipatio per æs et libram : Heres in eo scriptus cui Bonorum possessio secundum illud testamentum data est, debet præstare legata et fideicommissa. Idem pariter dicendum circa *Irritum* testamentum, quum impedimentum capitis diminutionis testatoris cessavit; quum nimirum testator qui se arrogandum dederat, sui juris factus est.

(2) Id est, maxime sustinebuntur legata his casibus si bonorum possessio *Secundum tabulas data* (id est, delata) *fuerit*, ei qui rem ab intestato auferre possit. Nam hoc casu; etsi eam omitteret, sustineretur ex Edicto SI QUIS OMISSA, etc.

(3) Non sustinebitur igitur; sicut sustinetur quum filius qui rupit testamentum, postea vivo patre ipse moritur. Nam ea vis est fictionis Cornelianæ : ut, cum pater statim mortuus fingatur ex quo captus est, filius ille post mortem patris natus intelligatur : adeoque hic idem statuendum atque in casu legis 2. Cod. *de Posth. her. instit.* quam vid. supra N. 32. cum Notis.

TITULUS III.

DE INJUSTO, RUPTO, IRRITO FACTO TESTAMENTO.

I. TESTAMENTUM aut NON JURE FACTUM dicitur, ubi solennia Juris defuerunt; aut NULLIUS ESSE MOMENTI, quum filius qui fuit in patris potestate præteritus est; aut RUMPITUR alio Testamento ex quo heres existere poterit, vel agnatione Sui heredis : aut IN IRRITUM CONSTITUITUR, non adita hereditate. *l.* 1. PAPIN. LIB. 1. DEFINITIONUM.

De Injusto *seu non jure facto, item de eo quod nullum seu* Nullius momenti *est, supra duobus Titulis præced.*

ARTICULUS I.

De Rupto Testamento.

§ 1. *Quotuplici modo rumpatur Testamentum.*

II. RUMPITUR Testamentum, mutatione; id est, si postea aliud Testamentum jure factum sit : item agnatione; id est, si Suus heres agnascatur qui neque heres institutus, neque ut oportet exheredatus sit. ULP. FRAGM. *tit.* 23. § 2.

Agnascitur Suus heres aut nascendo, aut adoptando, aut in manum (1) conveniendo; aut in locum Sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio vel emancipato; aut manumissione (2), id est si filius in prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patris potestatem. *d. tit.* § 5.

III. Tunc autem prius Testamentum Rumpitur, quum posterius rite perfectum est. Nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est qui ab intestato venire potest : tunc enim et posteriore non perfecto superius Rumpitur. *l.* 2. ULP. LIB. 2. AD SABIN.

Ut autem scriptura posterior minus solennis in qua vocantur ii qui ab intestato veniunt, Rumpat prius testamentum in quo extranei scripti sunt heredes; opus est ut ejus scripturæ minus solennis fides quinque testium juratorum depositione astruatur; valebitque hæc scriptura, non ut Testamentum, sed ut ultima intestati voluntas. Ita edicit Justinianus. l. 21. § 3. *Cod.* de Testam.

Extra hos casus, Testamentum prius non Rumpitur per posterius nisi Jure consummatum; etiamsi

(1) Scilicet si post testamentum uxor in manum testatoris conveniat : de qua re vid. supra lib. 1. Tit. *de His qui sui vel alien. jur.*

(2) Finge : emancipavi filium : dum esset in potestate emptoris, Testamentum feci, et eum præterii. Valet Testamentum. Postea emptor eum manumittit : redit in meam potestatem; et Rumpit testamentum in quo invenitur præteritus. Vid. supra lib. 1. Tit. *de Adopt. et emancip.* Sect. 2. Secus de cæteris liberis; quia prima et unica manumissione fiunt sui juris.

in posteriori Imperator fuerit institutus. l. 20. Cod. d. tit. (1).

IV. *Illud patet quod* Si binæ tabulæ proferantur diversis temporibus factæ, unæ prius, aliæ postea; utræque tamen septem testium signis signatæ; et apertæ posteriores vacuæ inventæ sunt, id est nihil scriptum habentes omnino; superius Testamentum non est Ruptum, quia sequens nullum est. *l.* 11. ULP. LIB. 46. AD ED.

V. *Modo autem Jure factum fuerit posterius Testamentum, sicque ut ex eo heres esse potuerit; statim Rumpitur prius: nec convalescit ex eo quod posterius infirmatum postea fuerit.*

Hinc in ea specie: Miles Jure communi testatus, postea Testamento jure militiæ super bonis omnibus facto, post annum (2) militiæ vita decesserat. Prioris Testamenti quod Ruptum esse constabat, non redintegrari vires constitit. *l.* 36. *§ fin. ff. de Testament. mil.* PAUL. LIB. 6. RESPONS.

Hinc et in alia specie in qua posthumus posteriori Testamento præteritus est, Ulpianus ait: Sed et si sit ante hoc, aliud testamentum a quo posthumus exheredatus sit; placet, sive post mortem testatoris nascatur, sive vivo testatore, utrumque Ruptum esse; et superius per inferius, et inferius per posthumum. *l.* 3. § 4. ULP. LIB. 3. AD SABIN.

VI. *Similiter non ideo minus Rumpitur prius Testamentum, quod heres in posteriori Testamento scriptus ne nascatur quidem; modo nasci potuerit.*

Quinetiam Si quis posthumos quos per ætatem aut valetudinem (3) habere forte non potest, heredes instituit; superius Testamentum Rumpitur: quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est, quam temporale vitium aut valetudo propter quam abducatur homo a generandi facultate. *l.* 9. *ff. de Lib. et posth.* PAUL. LIB. 1. AD SABIN.

Secus, si ille institutus esset quem vet sperare inhonestum sit. Hinc statim subditur: Sed si ex ea quæ alii nupta sit posthumum quis heredem instituerit; ipso Jure non valet, quod turpis sit institutio. *d. l.* 9. § 1.

Et generaliter. Sed si ex ea quam nefas sit (4) ducere, posthumum heredem instituero; non putat Rumpi Testamentum Pomponius. *d. l.* 9. § 3.

A fortiori; Quum in secundo Testamento heredem eum qui vivit instituimus, sive pure, sive sub conditione (si tamen conditio existere potuit (5), licet non extiterit) superius Testamentum erit Ruptum. Multum autem interest qualis conditio posita fuerit. Nam aut in præteritum concepta ponitur, aut in præsens, aut in futurum.

IN PRÆTERITUM concepta ponitur, veluti SI TITIUS CONSUL FUIT: quæ conditio si vera est (id est, si Titius Consul fuit), ita est institutus heres ut superius Testamentum Rumpatur: tunc enim ex hoc heres esset. Si vero Titius Consul non fuit, superius Testamentum non est Ruptum (6).

Quod si AD PRÆSENS tempus conditio ascripta est, herede instituto; veluti SI TITIUS CONSUL EST, eumdem exitum habet; ut, si sit, possit heres esse, et superius Testamentum Rumpatur; si non sit, nec possit heres esse, nec superius Testamentum Rumpatur.

In FUTURUM autem collatæ conditiones, si possibiles sunt (existere poterunt, licet non extiterint), efficiunt ut superius Testamentum Rumpatur, etiamsi non extiterint: si vero impossibiles sunt, veluti Titius SI DIGITO COELUM TETIGERIT, heres esto; placet perinde esse quasi conditio ascripta non sit, quæ est impossibilis (7). *l.* 16. POMPON. LIB. 2. AD MUCIUM.

VII. *Denique generaliter tenendum est, prius Testamentum Rumpi quoties fieri potest ut ex posteriori testamento heres existat; quamvis etiam fieri possit ut non existat.*

Hinc in hac specie: Pater filio impuberi servum heredem substituit, liberumque esse jussit. Eum pupillus vendidit Titio; Titius eum jam primo testamento facto, in secundo Testamento liberum heredemque esse jussit. Superius Testamentum Titii Ruptum est: quia is servus et heres potest esse (8); et ut superius Testamentum Rumpatur,

(1) Hoc sensu hanc legem accipi voluit Justinianus: Jus enim Justinianeum est ut Imperator communi tum privatis jure utatur. Alio vero sensu eam intelligebat ipse hujus legis auctor Theodosius-Junior, scilicet ut Testamentum *scriptum*, non posset rumpi per posterius *nuncupativum* in quo Imperator scriptus esset aut viri potentes: in quo, sibi et potentioribus minus tribuit quam cæteris; qui, si in posteriori Testamento jure perfecto quamvis nuncupativo scripti fuerint, utiliter scripti erunt, et per hoc posterius, rumpetur prius Testamentum. Vid. Jac. Gothofr. ad l. 5 Cod. Theod. *de Testam.*

(2) Hujus anni lapsu infirmatur secundum Testamentum jure militari confectum; utpote quod non valeat, nisi testator intra annum a die missionis decedat. Vid. infra lib. seq. Tit. *de Testam. milit.*

(3) Secus, si natura generare non possit. Vid. supra Tit. *de Lib. et posth.* N. 27.

(4) Ita, si absolute duci non potest. Secus, si ob impedimentum quod removeri honeste sperari possit. Vid. supra d. Tit. *de Lib. et posth.* N. 27.

(5) Nam si ea fuit quæ existere non potuit: si quidem spectetur illa conditio, efficeret ab initio inutile Testamentum; adeoque superius Testamentum ratum manebit. Hoc quidem ita stricto Jure. Cæterum cum benigne receptum fuerit, talem conditionem non spectari sed pro non scripta haberi; posterius testamentum in quo talis conditio institutioni heredis adjecta est, valebit; adeoque superius rumpetur: ut in fine legis dicitur.

(6) Quia institutio in posteriori testamento facta, ab initio fuit inutilis. Non potuit ex eo testamento sperari heres: adeoque, cum ab initio non constiterit, non potuit rumpere prius.

(7) Unde concludendum relinquit valere posterius Testamentum, adeoque Rumpi superius.

(8) Potest enim esse heres Titio hic servus, si substitutio pupillaris evanuerat; ut dicitur in novissima parte hujus legis infra in Append. ad Tit. V et VI. N. 12.

sufficit ita posterius factum esse ut aliquo caso potuerit ex eo heres existere. *l.* 54. *ff. de Hered. instit.* NERATIUS LIB. 1. MEMBRAN.

VIII. *Ex Constitutione Imperatorum Honorii et Theodosii, Rumpebatur Testamentum decennii lapsu ex quo confectum fuerat. Ex Constitutione autem Justiniani; cum hujus decennii lapsu concurrere debet contestatio contrariæ voluntatis testatoris, aut in Actis manifestata, aut per tres testes probata.* l. 6. Cod. Theod. et l. 27. Cod. de Testament.

§ 2. *De clausula Codicillari.*

IX. *Vidimus prius Testamentum per posterius Rumpi. Et quidem* Si paganus (1) qui habeat jam factum testamentum, aliud fecisset; et in eo comprehendisset fidei heredis committere UT PRIORES TABULÆ VALERENT: omnimodo prius Testamentum Ruptum est. Quo Rupto, potest quæri an vice Codicillorum id valere deberet? Et cum hæc verba sint fideicommissi; et sine dubio universa quæ illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt: non solum legata et fideicommissa, sed et libertates, et heredis institutio. *l.* 12. § 1. ULPIAN. LIB. 4. DISPUT.

Et quod hic dicimus clausulam posteriori testamento insertam Ut prius Testamentum valeret, *non obstare quominus Rumpatur, sed fideicommissum inducere; obtinet, etiamsi in hoc posteriore testamento heres ex certis rebus sit institutus.*

V. G. Si quis priore facto testamento, posterius fecerit testamentum: etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit; superius tamen Testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus Constitutionis verba retuli, cum alia quoque præterea in Constitutione expressa sunt. « Imperatores Severus » et Antoninus, Cocceio-Campano. Testamentum » secundo loco factum, licet in eo certarum rerum » heres scriptus sit, jure valere, periode ac si » rerum mentio facta non esset: sed teneri here» dem scriptum ut contentus rebus sibi datis, aut » suppleta Quarta ex Lege Falcidia, hereditatem » restituat his qui priore testamento scripti fue» rant; propter inserta fideicommissaria verba, » quibus UT VALERET PRIUS TESTAMENTUM expres» sum est; dubitari non oportet. Et hoc ita intel» ligendum est, si non aliquid specialiter contra» rium in secundo testamento fuerit scriptum. *l.* 29. *ff. Ad SC. Trebellianum.* MARCIAN. LIB. 4. INSTIT.

X. *Cæterum testator prælegata quæ uni ex heredibus in priori testamento reliquerat, in posteriori testamento quo eosdem heredes scripsit, repetiisse non intelligitur; ex eo solo quod cautionem de his incapaci restituendis ab eo herede datam retinuerit. Quapropter ea prælegata non habebit, quamvis ex sua cautione obligetur. Ita judicatum fuisse docet Paulus in specie sequenti.*

Statius-Florus testamento scripto, heredis sui Pompeii tacitæ fidei commiserat ut non capienti fundum et certam pecuniæ quantitatem daret: et eo nomine cautionem a Pompeio exigi curaverat, se restiturum ea quæ ei per præceptionem dederat. Postea idem Florus facto secundo testamento, et eodem Pompeio et Faustino heredibus institutis, nullas præceptiones Pompeio dederat. Hæc persona quæ capere non poterat, se detulerat (2). Consulti Imperatores a Procuratoribus, rescripserant, Si non probaretur mutuam voluntatem esse, præstandum fideicommissum. Atque ita Pompeius condemnatus desiderabat onus esse id hereditatis oportere, quia præceptiones non acceperat; nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseverasse. Sed in universo pronunciavit, nec Testamentum prius extare; nec si dedisset in primo testamento, ex posteriore peti potuisse nisi repetitum [a] esset. Placuit, quia non probabat sibi datas præceptiones, ex sola sua cautione solum (3) fideicommissum præstare debere. *l.* 48. *ff. de Jur. fisc.* PAUL. LIB. 2. DECRETOR.

XI. *Quod hactenus diximus, posteriori Testamento Rumpi superius; et etiam ita confirmari, ut quæ in eo continentur jure fideicommissi valeant; patet accipiendum esse de posteriori testamento quod sibi testator fecit. Cæterum* Ex pupillari (4) testamento, superius principale nec ex parte neque in totum confirmari (5) posse Marcianus scripsit. *l.* 44. *ff. de Vulg. et pupill. subst.* PAUL. LIB. 10. QUÆST.

ARTICULUS II.

De Irrito Testamento.

XII. *Irritum fit Testamentum, aut ex parte testatoris, aut ex parte heredis.*

Ex parte heredis Irritum fit, non adita hereditate. Enimvero Si nemo subiit hereditatem, omnis vis Testamenti solvitur. *l.* 181. *de Reg. Jur.* PAUL. LIB. 1. AD VITELLIUM.

XIII. *Ex parte testatoris* Irritum fit Testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contingit; puta, si civitatem amittat per subitam servitutem: ab hostibus V. G. captus, vel si major annis viginti

(1) Speciem ponit in pagano. Nam militis jure militari testantis plura testamenta esse possunt. Vid. lib. seq. Tit. *de Testam. milit.*

(2) Ut partem rerum fisco ob tacitam fidem accommodatam publicandarum pro præmio delationis acciperet. Qua de re vid. Tit. *de Jur. fisc.* infra lib. 49.

[a] *Florent.* petitum.

(3) *Solum* nempe eum heredem qui ad præstandum fideicommissum obligatur ex cautione quam testator retinuit; et circa quam, voluntatem ipsius mutatam esse docere debet qui se obligavit.

(4) Ita hanc legem intelligit Cujacius.

(5) Nam aut superius jure factum erat, aut non. Primo casu, non indiget confirmatione; cum per pupillare testamentum non rumpatur: altero casu, nec valebit pupillare.

venum se dari passus sit ad actum gerendum (1) pretiumve participandum. *l.* 6. § 5. ULP. LIB. 10. AD SABIN.

Quatenus tamen diximus ab hostibus capti Testamentum irritum fieri, adjiciendum est, postliminio reversi vires suas recipere Jure postliminii (2); aut, si ibi decedant, Lege Cornelia (3) confirmari. *d. l.* 6. § 12.

XIV. Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias vel ad gladium, vel alia pœna quæ vitam adimit; Testamentum ejus Irritum fiet.

Et non tunc quum consumptus est, sed quum Sententiam passus est; nam pœnæ servus efficitur (4).

Nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus. Nam huic permitti solet testari; ut D. Hadrianus rescripsit. Credo, Jure militari testabitur. Qua ratione igitur damnato ei testari permittitur; numquid et si quod ante habuit factum Testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero pœna Irritum factum reficiendum est? Et, si militari Jure ei testandum sit; dubitari non oportet quin, si voluit id valere, fecisse id credatur. *d. l.* 6. § 6.

Quemadmodum autem ejus qui captus est ab hostibus Testamentum Irritum factum, vires suas recipere diximus si reversus fuerit: simili ratione dicendum est: Ergo et si quis damnatus capite, in integrum indulgentia Principis sit restitutus, Testamentum ejus convalescet. *sup. d.* § 12. ¶ *ergo.*

XV. Ejus qui deportatur, non statim Irritum fiet Testamentum; sed quum Princeps factum comprobaverit: tunc enim et capite minuitur (5).

Sed et si de Decurione puniendo, vel filio nepoteve, Præses scribendum Principi interlocutus (6) est: non puto statim servum pœnæ factum, licet in carcere soleant diligentioris custodiæ causa recipi. Nec hujus igitur Testamentum Irritum fiet, priusquam princeps de eo supplicium sumendum rescripserit. Proinde si ante decesserit; utique Testamentum ejus valebit, nisi mortem sibi conscivit. Nam eorum qui mori magis quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, Testamenta Irrita Constitutiones faciunt; licet in civitate decedant. Quod si quis tædio vitæ, vel valetudinis adversæ impatientia, vel jactationis ut quidam Philosophi (7); in ea causa sunt ut Testamenta eorum valeant.

Quam distinctionem in militis quoque testamento Divus Hadrianus dedit, Epistola ad Pomponium Falconem: ut, si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, Irritum sit ejus Testamentum. Quod si tædio vitæ vel dolore, valere testamentum: aut si intestato decessit, cognatis; aut, si non sint, legioni (8) ista sint vindicanda. *d. l.* 6. § 7.

XVI. Hi autem omnes quorum Testamenta Irrita damnatione fieri diximus, si provocaverint, capite non minuuntur. Atque ideo neque Testamenta quæ antea fecerunt, Irrita fient; et tunc testari poterunt. Hoc enim sæpissime est constitutum. Nec videbuntur quasi de statu suo dubitantes non habere testamenti factionem: sunt enim certi STATUS, nec ipsi de se iuterim certi *d. l.* 6. § 8.

Quid tamen si appellationem ejus Præses non recepit, sed Imperatori scribendo pœnam remoratus est? Puto hunc quoque suum statum interim retinere; nec Testamentum Irritum fieri. Nam (ut est Oratione Divi Marci expressum) tametsi provocantis, vel ejus, pro quo provocatur, appellatio non fuerit recepta; pœna tamen sustinenda est quoad Princeps rescripserit ad litteras Præsidis, et libellum Rei cum litteris missum. Nisi forte latro manifestus, vel seditio prærupta factinque cruenta, vel alia justa causa qua mox Præses litteris excusavit, moram non recipiant; non pœnæ festinatione, sed præveniendi periculi causa. Tunc enim punire permittitur, deinde scribere. *d. l.* 6. § 9.

XVII. Quid si quis fuerit damnatus illicite; pœna non sumpta, an Testamentum ejus Irritum fiat videamus? ut puta Decurio ad bestias (9): an capite minuatur, Testamentumque ejus Irritum fiat? Et non puto: cum Sententia eum non tenuerit. Ergo et si quis eum qui non erat jurisdictionis suæ damnaverit, Testamentum ejus non erit Irritum: quemadmodum est constitutum. *d. l.* 6. § 10.

XVIII. *Non solum autem eorum qui capite sunt damnati;* Sed ne eorum quidem Testamenta rata sunt, sed Irrita fient, quorum memoria post mortem damnata est: ut puta ex causa Majestatis vel alia tali causa. *d. l.* 6. § 11.

XIX. Filiifamilias veterani sui juris morte patris facti, Testamentum Irritum non fieri constat. Nam

(1) Id est, ut *Actor* esset ejus cui se venumdabat: quam servilem Actoris (*Intendant de maison*) conditionem quidam libertati præferebant. Adde Cujacium ad l. 1. Cod. *Ne quis liber invitus, etc.* Hotomannus putat intelligendum de eo qui se vendidit ut fieret Actuarius publicus.

(2) Vid. l. 22. pp. et § 1. ff *de Captivis et postlim.*

(3) Quæ fingit captivos, jam ultimo quo cives esse desierunt momento mortuos.

(4) Hodie ex Novella XXII. cap. 8. nemo pœnæ servus.

(5) Præsides deportandi jus non habent; adeoque Sententia deportationis a Præside lata, non ante valet quam fuerit confirmata a Principe: infra lib. 49. Tit. *de Pœnis.* Non prius igitur condemnatus capite minuitur, et non prius infirmatur ejus Testamentum. Secus obtinet, quum Præfectus Urbi aliquem deportavit. Cum enim hic jus deportandi ex Lege habeat (ut vid. supra lib. 1. Tit. *de Off. Præf. Urb.*) non necesse habet illud expectare a Principe. Ab eo igitur deportatus, statim capite minuitur; ejusque Testamentum statim infirmatur.

(6) De hoc privilegio vid. Tit. *Decurionib.* infra lib. 50.

(7) Hoc de peregrino Philosopho Cynico refert Lucianus *de Morte Peregrini.*

(8) Bona militum sine successore decedentium legioni deferebantur, excluso fisco. Vid. infra Append. ad lib. 38.

(9) Hæc pœna, ut et quædam aliæ in solos plebeios cadebant, De qua re vid. Tit. *de Pœnis* infra lib. 49.

quantum ad testandum de castrensi peculio, pro patrefamilias habendus (1) est. Et ideo nec emancipatione Irritum fieri militis vel veterani Testamentum, verum est. *d. l.* 6. § 13.

Et alibi similiter. Miles filiusfamilias si capite minutus fuerit vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre suo; Testamentum ejus valet [quasi (2) ex nova voluntate]. *l.* 22. *ff. de Testam. milit.* MARCIAN. LIB. 4. INSTITUT.

Idem, et si paterfamilias miles de castrensibus rebus duntaxat (3) testatus adrogandum se dederit. Si vero missus jam hoc fecerat, non valet (4) Testamentum. *l.* 23. *d. tit.* TERTULLIANUS LIB. SINGUL. DE CASTRENSI PECULIO.

(1) Adeoque, quantum ad hæc bona, statum non mutat.

(2) Delenda verba, *quasi ex nova voluntate*; quæ malum glossema esse puto. Nec enim opus est hoc casu testamentum militis ex nova ejus voluntate confirmari; utpote cum non fiat Irritum; et quoad castrensia de quibus in eo testatus est, miles non videatur capite minui. Hoc patet ex lege præcedenti, et ex ea quæ sequitur.

(3) Nam si de paganicis testatus esset, Irritum fieret testamentum militis adrogatione.

(4) Quia missus paterfamilias qui communi juri testari potest, de solis castrensibus testari non potest; sed debet de omni sua hereditate testari. l. 13. § 1. ff. de *Testam. mil.*

TITULUS IV.

DE HIS QUÆ IN TESTAMENTO DELENTUR, INDUCUNTUR, VEL INSCRIBUNTUR.

I. QUÆ in Testamento legi possunt (1), ea Inconsulto Deleta et Inducta nihilominus valent; consulto, non valent. Id vero quod non jussu domini scriptum, Inductum, Deletumve est; pro nihilo est.

LEGI autem, sic accipiendum; non intelligi, sed oculis perspici quæ sunt scripta. Cæterum si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi (2) posse. Sufficit autem si legibilia sint.

INCONSULTO DELETA, sive ab ipso, sive ab alio; sed nolentibus (3).

INDUCTA accipiendum est, et si perducta (4) sint. *l.* 1. ULP. LIB. 15. AD SABIN.

Quod igitur incaute factum est, pro non facto est si legi potuit.

Et ideo etsi novissime (ut solet) testamento fuerit ascriptum, LITURAS, INDUCTIONES, SUPER INDUCTIONES IPSE FECI; non videbitur referri ad ea quæ inconsulto superscripsit INDUXISSE SE, manebunt: et, si ademit (5), non erunt adempta. *d. l.* 1. § 1.

II. *Corollarium.* Sed consulto quidem Deleta, exceptione petentes repelluntur. Inconsulto vero, non repelluntur; sive legi possint, sive non possunt: quoniam si totum testamentum non extet (6), constat valere omnia quæ in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones: si vero alius invito testatore, non denegabuntur. *d. l.* 1. § 3.

Quod de lituris inconsulto factis dicimus, et de cancellatione dictum puta. Unde species sequens. Lucius-Titius integra mente et valetudine, testamentum fecit uti oportet. Postea quum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quæro an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondi, Secundum ea quæ proponerentur, non ideo minus adiri posse. *l. fin. ff. de Inj. rupt. testam.* SCÆVOLA LIB. 13. DIGEST.

Quod tamen diximus, valere inconsulto Deleta sive legi possunt, sive non possunt, non semper verum est. Ait enim idem Ulpianus: Sed si legi non possunt quæ inconsulto Deleta sunt, dicendum est non deberi; sed hoc ita demum, si ante

(1) Imo interdum et quæ legi non possunt: ut infra mox dicetur, d. l. 1. § 3.

(2) Ea enim demum dicimus *legi* posse, quæ ipsa oculis perspiciuntur, non ea quæ duntaxat extrinsecus intelliguntur.

(3) Id est, præter nostram voluntatem. Non solum enim quod alius sed et quod nos ipsi delevimus, interdum præter nostram voluntatem deletur; ut si incogitanter deleamus.

(4) *Perducta*, id est cancellata. Gothofred.

(5) Jure quidem Prætorio, ut bonorum possessio SECUNDUM TABULAS detur, necesse est extare tabulas: ut videb. infra lib. 37. Tit. *de Bon. possess secund. tab.* At Jure Civili, testamentum quod jure factum est, valet; quamvis tabulæ testamenti aliquo casu amissæ extare desierint: ita enim intelligendum quod hic dicitur, *si totum non extet.* A fortiori quum illæ extant, licet aliqua pars earum inconsulto deleta legi non possit, tamen debet valere quod relictum est; modo de eo aliunde constet.

(6) Etsi diserit se adimere quæ deleta sunt; hæc quæ inconsulto deleta sunt, non erunt adempta.

consummationem (1) testamenti factum est. *d. l.* 1. § 2.

III. *Quæ autem consulto Deleta sunt, non valent.* *Hine* Si quis Codicillos in testamento confirmavit, et Codicillis aliquid ascripsit; mox delevit ita ut appareat: an debeatur? Et Pomponius scribit, Codicillos Deletos non valere. *d. l.* 1. § *fin.*

Sic autem, non legatum duntaxat, sed Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas, si forte sit substitus, jure facta videbitur, non quasi adempta, quoniam hereditas semel data adimi facile (2) non potest; sed quasi nec data. *d. l.* 1. § 4.

Sed etsi non sit substitutus; omni jure excidit heres etiam ex asse scriptus, cujus institutio consulto Deleta erit. Sed hoc casu legata valere posse decrevit Antoninus: ut Marcellus refert. Ita ille:

Proxime (3) in Cognitione Principis quum quidam heredum nomina induxisset, et bona ejus ut caduca a fisco vindicarentur (4); diu de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis quæ ascripta erant his quorum institutio fuerat Inducta. Plerique, etiam legatarios excludendos existimabant: quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset. Nonnullos opinari id Jure ipso perimi quod Inductum sit, cætera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum eredi potest; eum qui heredum nomina Induxerat, satis se consecuturum putasse ut intestati exitum faceret? Sed In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est quam tutius.

Sententia Imperatoris Antonini-Augusti Pudente et Polliono Consulibus, « Cum Valerius-Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum, » et heredum nomina Induxerit; hereditas ejus, » secundum Divi patris mei Constitutionem, ad » eos qui scripti fuerunt pertinere non videtur ». Et advocatis fisci dixit, Vos habetis judices vestros. Vivius-Zeno dixit: Rogo domine Imperator audias me patienter: de legatis quid statues? Antoninus Cæsar dixit: Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum Induxit? Cornelius-Priscianus Advocatus Leonis dixit: Nomina heredum tantum Induxit. Calpurnius-Longinus Advocatus Fisci dixit: Non potest ullum testamentum valere quod heredem non habet. Priscianus dixit: Manumisit quosdam et legata dedit. Antoninus Cæsar remotis omnibus quum deliberasset, et admitti rursus eosdem jussisset, dixit: « Causa præ» sens admittere videtur humaniorem interpreta» tionem; ut ea duntaxat existimemus Nepotem » irrita esse voluisse quæ Induxit ». Nomen servi quem liberum esse jusserat, Induxit (5). Antoninus rescripsit liberum eum nihilominus fore. Quod videlicet favore constituit libertatis. *l.* 3. Marcell. lib. 29. digest.

IV. *Et generaliter statuendum est, lituras cancellationemve testamenti ei soli nocere debere cui testator adimere voluit.*

Hinc Ulpianus. Cancellaverat quis testamentum vel Induxerat; et sic propter unum heredem facere dixerat. Id postea testamentum signatum est. Quærebatur de viribus testamenti, deque portione ejus propter quem se cancellasse dixerat? Dicebam, Si quidem unius ex heredibus nomen Induxerit, sine dubio cæteram partem testamenti valere, et ipsi soli denegari actiones: sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur; si voluntas ea fuit testantis ut tantum heredis institutio improbetur. Sed si instituti nomen Induxit et substituti reliquit; institutus (6) emolumentum hereditatis non habebit (7). Sed si omnia nomina Induxerit, ut proponitur; ascripserit autem, idcirco se id fecisse quia unum heredem offensum habuit: multum interesse arbitror, utrum illum tantum fraudare voluit hereditate, an vero, causa illius, totum testamentum infirmare; nt, licet unus Inductionis causam præbuerit, verum omnibus obfuerit. Et, si quidem soli ei ademptam voluit portionem; cæteris nihil nocebit Inductio: non magis quam si volens unum heredem Inducere, invitus et alium Induxerit. Quod si putaverit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur

(1) Quum testator hac formula consummavit testamentum, *Uti his ceris scripta sunt, ita do lego, ita testor;* non potest videri testatus esse de eo quod jam, licet inconsulto, ita deletum erat ut legi non possit. Quod enim ita Deletum est, pro eo est ac si non esset scriptum; ait autem se dare legare *Uti scripta sunt.* At si demum post testamenti consummationem quid in eo Deletum sit, licet ita Deletum sit ut legi non possit, si tamen aliunde appareat quid scriptum fuerit, valebit hoc quod inconsulto Deletum est.

Sed videtur obstare lex unica ff. *Si tab. test. ext.* ubi possessio *Secundum Tabulas* non datur, si ante prolatas Tabulas nomen heredis Deletum sit, Cujacius solvit; ita in bonorum possessione *Secundum tabulas* obtinere quia Jure Prætorio scriptura pertinet ad substantiam testamentorum. Dices: Atqui etiam Jure Prætorio datur bonorum possessio secundum nuncupationem? Ita sane: sed utilis et *Decretalis* duntaxat. In lege autem opposita agitur de *Edictali.* Et quidem recte putat Cujacius in specie qua inconsulto Deleta est scriptura, posse etiam hanc *Decretalem* bonorum possessionem secundum defuncti voluntatem dari.

(2) Nec enim adimi potest nisi per posterius testamentum, quod rumpat prius in quo data erat.

(3) Id est, nuper ad Audientiam Principis hæc species relata est.

(4) Quum quis Induxit nomina heredis, videtur eos indignitatis insimulare; adeoque hereditatem quam ipsis reliquit, ut indignis fiscus aufert. Hoc ita, nisi probetur eo animo fecisse testatorem ut intestatus moreretur. Infra l. 4. h. tit. et l. 1. § penult. ff. *Si tab. test. null. ext.*

(5) Dubitari poterat, an hereditatis duntaxat, an etiam libertatis adimendæ animo Induxisset. In dubio respondetur pro libertate.

(6) Cujacius censet ibi legendum *substitutus* pro *institutus.* Et recte: alioquin inepte observaret Jurisconsultus testatorem reliquisse nomen substituti. Ut enim ipse institutus cujus nomen Inductum est, privetur hereditate; quid refert, habuerit necne substitutum cujus substitutionem testator intactam reliquerit?

(7) Excludit quidem fiscum substitutus in caducis. At in his quæ ut indignis auferuntur, fiscus excludi substitutum.

actiones. Sed an legatariis denegari actio debeat, quæstio est? In ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi, et coheredum institutionem non esse infirmandam. *l.* 2. ULP. LIB. 4. DISPUT.

V. *Ei autem cui testator consulto adimere voluit, adeo nocet quod Deletum est; ut, quamvis (quum plura testamenti exempla essent) unum duntaxat Deletum sit, alia integra supersint, id tamen quod in uno Deletum est, ademptum intelligatur: scilicet si consulto factum probetur.*

Hinc quum Papinianus libro 6 Responsorum *dixisset*:

Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis (1), unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solenniter complevit. Si quasdam tabulas in publico depositas abstulit, atque Delevit: quæ jure gesta sunt, præsertim cum ex cæteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita:

Paulus notat: Sed si ut intestatus moreretur incidit, et hoc approbaverint hi qui ab intestato venire desiderant; scriptis avocabitur hereditas. *l.* 4.

(1) Ita de Tiberio Suetonius in ejus vita, N. 76. *Testamentum duplex fecerat; alterum sua, alterum liberti manu, sed eodem exemplo.* Idem de Augusto refert in ejus vita, N. 101.

TITULUS V.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

I. AD *substantiam testamenti pertinet ut in eo aliquis Instituatur Heres.*

Enimvero absque Heredis Institutione nullum potest intelligi testamentum.

Ipsa autem potest sola testamentum constituere. V. G.

Qui neque legaturus quid est, neque quemquam exheredaturus; quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat LUCIUS-TITIUS MIHI HERES ESTO.

Hæc (1) autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur (2); qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat LUCIUS HERES ESTO. Nam et MIHI et TITIUS abundat. *l.* 1. § 3. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Est autem Heres, SUCCESSOR *in universum jus quod defunctus habuit. Heredis vero Institutio est*, SOLENNIS *ejus quem nobis Heredem volumus designatio.*

Materiam hanc in tres partes distribuam. In prima videbimus qui possint Heredes Institui; In secunda quæremus quæ sit forma Institutionis Heredis, et quem finem in Herede Instituendo defunctus habere debeat; In tertia quomodo inter plures Heredes distribuatur Hereditas.

(1) Hic incipit Nota Ulpiani ad Sabinum. *Hæc scriptura*, id est hæc sententia ex scriptis Sabini excerpta.

(2) Quasi diceret; loquitur hic Sabinus de testamentis quæ non per scripturam fiunt, sed per *Nuncupationem*. Verba sunt ex substantia horum testamentorum. An autem longæ verborum conceptiones requiruntur? Minime vero ait Sabinus: nam vel quinque verba sufficiunt. Imo, addit Ulpianus, vel tria possunt sufficere.

PRIMA PARS.

Qui possint Heredes Institui.

Jure Digestorum Institui Heres non potest, nisi certa persona: et quidem eam esse personam oportet, cum qua sit testamenti factio.

Videndum igitur 1.° *Quæ Heredum Institutiones non valuerint, eo quod incertarum personarum esse viderentur;* 2.° *Quæ personæ testamenti factionem cum testatore habeant, necne; et quibus temporibus requiratur hæc testamenti factio in Herede Instituto.*

SECTIO I.

De incertis personis.

II. Incerta persona Heres Institui non potest; velut hoc modo, QUISQUIS PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, Heres esto: quoniam certum consilium debet esse testantis. ULP. FRAGM. *tit.* 22. § 4.

Incerta etiam persona est ejus qui nondum natus est. Receptum tamen fuit ut Institui possent Posthumi Sui; *id est, illi posthumi qui, si vivo testatore nati essent,* Sui *Heredes ei nati fuissent : ut vid. supra Tit.* de Liberis et posth. *Cæteri posthumi qui* Alieni Posthumi *appellari solent, Jure Digestorum Heredes non possunt Institui.*

III. *Est etiam incertarum personarum Institutio, si quis pauperes Instituat Heredes. Quapropter Jure Digestorum non valuisset. Verum Constitutionibus Christianorum Imperatorum permissa est talis Institutio : constituitque Justinianus ut hoc casu Xenodochium loci ubi testator degebat, suscipiat hereditatem; et, si plura sint, illud quod magis indigebit, prout Episcopus et ejus Clerici existimabunt. Sin nullum sit Xenodochium; suscipietur hereditas ab Episcopo et OEconomo Ecclesiæ, qui bona pauperibus erogabunt. Quinetiam constituit ut valeret Institutio, si quis Heredes Instituisset* Captivos: *susciperetur que hereditas ab Episcopo et OEconomo : qui bona in redemptionem captivorum erogarent. l. 49. Cod.* de Epise. et Cler.

IV. *Hac ratione quæ incertas personas Institui Heredes vetat;* Nec municipes, Heredes Institui possunt (1) : quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi (2), neque pro libito de Herede cernere (3) possunt ut Heredes fiant. Senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis Heredes Institui possint. Sed fideicommissa Hereditas municipibus restitui potest; idque hoc Senatusconsulto (4) prospectum est. Ulp. fragment. *d. tit.* 22. § 5.

Ita Jure Digestorum. Permissum tamen postea fuit civitates a quibuslibet Heredes Institui. Ita enim Leo Rescribit : Hereditatis, vel legati seu fideicommissi, aut donationis titulis, domus aut annonæ civiles, aut quælibet ædificia vel mancipia, ad jus Inclytæ Urbis, vel alterius cujuslibet pervenire possunt. *l.* 12. *Cod. h. tit.*

Quemadmodum civitates, ita nec collegia poterant Heredes Institui. Hoc jus tamen quibusdam ex privilegio concessum erat. Hinc Diocletianus et Maximianus : Collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, Hereditatem capere non posse dubium non est. *l.* 8. *Cod. h. tit.*

Jure Justinianeo, incertarum personarum, et alienorum etiam posthumorum Institutio permittitur. Instit. *h. tit.*

V. *Erat quidem inutilis olim Institutio Heredis cujus est incerta persona. Modo autem certa persona esset,* Extraneum etiam penitus ignotum Heredem quis Instituere potest. *l.* 11. *Cod. h. tit.* Theodos. et Valentin.

SECTIO II.

Quibuscum sint, necne, testamenti factio; et quotuplici tempore hæc in Herede requiratur.

VI. Heredes Instituti possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent. Ulpian. fragm. *tit.* 22. § 1.

Et quidem hi soli : unde imprimis quærendum in Herede Instituto an illam habeat.

ARTICULUS I.

Enumerantur quædam personæ de quibus dubitatur an habeant testamenti factionem.

VII. *Et 1.° dubitatum est de Diis : nec enim possunt ipsi Hereditatem cernere* (5).

Quosdam tamen Deos quorum templa majori populorum religione frequentabantur, institui placuit; eorumque sacerdotes quasi pro diis cernere. Quocirca ita Ulpianus : Deos Heredes Instituere non possumus; præter eos quos Senatusconsulto, Constitutionibus Principum Instituere concessum est : sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum; sicuti Martem in Gallia, Minervam Meliensem (6), Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, matrem Deorum Cybelem (7) eam quæ Smyrnæ colitur; et Cœlestum Salinensem (8) Carthaginis. *d. tit.* 22. § 6.

Sub Imperatoribus Christianis, permissum est Heredem Instituere Jesum-Christum; *quo casu defertur hereditas Ecclesiæ loci ubi degebat testator : item Angelum aliquem, aut Martyrem; quo*

(1) Id etiam testatur Plinius (Epist. V. 7.) *Nec Heredem Institui, nec præcipere posse rempublicam constat.* Nec obstat quod refertur apud Tacitum *Annal.* IV. de quodam Moscho qui civitatem Massiliensem Heredem instituit. Hoc enim ex Jure proprio est Massiliensium, qui suis vivebant legibus teste Strabone.

(2) Hoc evidens est. Sed nec per Syndicum cernere potuissent : nam Certio cum sit actus legitimus, nonnisi per ipsum heredem Fieri potest.

(3) Cujacius putat legendum *Pro herede gerere.*

(4) *Aproniano* scilicet, facto temporibus Hadriani; sub quo occurrit Consul Apronius. De hoc Senatusconsulto infra lib. 36. Tit. *ad SC. Trebell.*

(5) Erat et alia ratio politica; ne bona civium, luxuriæ sacerdotum servirent.

(6) Ita Fornerius noster : *Rerum quotid.* II. 8. Cujacius vero Observ. X. 5. post Turnebum censet legendum *Iliensem* : nec improbabilis ejus sententia : Minervæ enim Iliensis magna apud Romanos religio fuit, utpote qui ab Ilio ubi hæc dea valde colebatur, essent oriundi. Vid. Livium, lib. 35 et 37.

(7) Alias *Sybilensem*; quo nomine designatur eadem Cybele, ab ejus templo quod erat in urbe Sybilo; quæ urbs terræ motu absorpta est, teste Strabone : rerum deæ religio apud Magnetes et Smyrnæos mansit.

(8) Deus Africæ Cœlestus (Tertullian. *Advers. gent.*) dictus *Salinensis* a salinis quæ prope ejus templum erant.

eam videtur Instituisse Ecclesiam illi dicatam quæ eo loci sit, aut in vicinia : et si plures sint, illam quam magis frequentabat; et si hoc non appareat, illam quæ est pauperior. l. fin. Cod. de Sacros. Eccles.

VIII. 2.° *Dubitatum item de muto et de surdo; si quidem neuter familiæ emptor fieri potest; ut supra vid. Tit.* Qui testam. fac. *N.* 17.

Et tamen Mutus et surdus recte Heres Institui potest. *l.* 1. § 2. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

IX. *Non habent autem testamenti factionem peregrini.*

Hinc 1.° Qui deportantur, si Heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt; sed hereditas in ea causa est, in qua esset si scripti non fuissent. *l.* 1. *Cod. h. tit.* Antoninus.

2.° Dedititiorum (1) numero Heres Institui non potest, quia peregrinus est cum quo testamenti factio non est. Ulp. fragm. *tit.* 22. § 2.

At vero melioris quam cæteri peregrini conditionis erant Latini Juniani. Enimvero Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem Cretionis (2) Civis Romanus sit, Heres esse potest. Quod si Latinus manserit, Lege Junia capere Hereditatem prohibetur.

Idem Juris est in persona Cœlibis (3) propter Legem Juliam. *d. tit.* § 3.

X. *Erant et qui poterant quidem Heredes Institui et hereditatem capere; sed intra certam quantitatem duntaxat aut certam partem capere poterant.*

Tales erant mulieres ex Lege Voconia. Nec enim illa Lex prohibebat eas Heredes Institui : siquidem refert Dio-Cassius (lib. 56.) eas potuisse capere usque ad 25000 *Drachmas, id est Centum Millia sestertium; ut recte interpretatur Perizonius* ad Leg. Vocon. (4). *Cæterum hoc Plebiscitum Voconium de coercendis mulierum hereditatibus, opulentia civitatis obliteratum fuit; ut ait Gellius XX.* 1.

Tales etiam erant Orbi; *qui ex Lege Julia non plus quam dimidiam ejus quod ipsis relictum erat capere poterant. Hanc Legem* Juliam *Constantinus abrogavit.*

De his qui capere non possunt, plura infra ad titulos de Legatis *Part.* 5.

Hic tantum observabimus, his Legibus locum non fuisse in his hereditatibus quæ solvendo non essent. Unde Si quis solidum a Lege capere non possit, et ex asse sit Institutus ab eo qoi solvendo non est; Julianus, ex asse eum Heredem esse respondit : Legi enim locum non esse in ea hereditate quæ solvendo non est. *l.* 72. Terentius-Clemens lib. 4. ad Leg. Jul. et Pap.

ARTICULUS II.

An et quomodo servi habeant testamenti factionem.

XI. Servos Heredes Instituere possumus; nostros cum libertate, alienos sine libertate; communes cum libertate vel sine libertate. Ulpian. fragm. *tit.* 22. § 7.

§ 1. *De servis propriis, et de Lege Ælia-Sentia.*

XII. *Servos proprios ita possumus Heredes Instituere, si justam ipsis libertatem cum civitate relinquamus. Hinc* Eum servum qui tantum in bonis noster est (5), nec cum libertate Heredem Instituere possumus; quia Latinitatem consequitur quod non proficit ad Hereditatem capiendam. *d. tit.* 22. § 8.

Sed etsi jure Quiritium possideatur, interdum nec cum libertate utiliter servus a domino Heres Instituitur; nimirum si aliqua Lex obstet.

Unde generaliter Scævola : Si non lex Ælia-Sentia, sed alia Lex, vel Senatusconsultum aut etiam Constitutio, servi libertatem impediat; is necessarius (6) fieri non potest, etiamsi non sit solvendo (7) testator. *l.* 83. Scævola lib. 18. Quæst.

Ideo autem excipitur Lex Ælia-Sentia; quia licet illa Lex vetet, ne is qui scit se non esse solvendo, aut manumittendo desiturum esse solvendo, manumittat servos suos (eo quod in fraudem creditorum hæ manumissiones fiant); permittit tamen manumissionem ejus servi quem sibi Heredem scribit: et hoc permittit, pietatis ratione, ut possit testator pudori suo parcere, et ipsius bona, non sub ipsius, sed sub ejus Heredis nomine proscribantur; quod erat ignominiosum apud Romanos.

Hoc ipsum tamen ex eadem lege duas limitationes patitur.

XIII. *Prima limitatio est; ut qui solvendo non est, unum duntaxat servum necessarium Heredem instituere possit.*

Quid igitur si duos scripserit?

Qui solvendo non erat, servum primo loco, et alterum servum secundo loco, Heredes scripsit. Solus is qui primo loco scriptus est, hereditatem

(1) Qui sint Dedititii, item latini de quibus mox infra, vid. Tit. *de Statu homin.* supra lib. 1.

(2) *Diem Lege concessum ad cernendam*, id est adeundam Hereditatem : de qua *Cretione* infra Tit. *de Acquir. vel omitt. Hered.*

(3) Scilicet ni nisi infra diem Legi paruerit, et nuptias contraxerit; auferat ei fiscus hereditatem ex qua scriptus est.

(4) Quod igitur ait Cicero *Verrin.* III. Voconium *Lege sua sanxisse ne qui deinceps census esset Heredem virginem neve mulierem faceret*, cum Dione ita conciliandum ne supra hanc quantitatem Heredem faceret.

(5) Vid. supra lib. 1. Tit. *de Statu homin.* N. 28.

(6) Servus proprius Heres a domino utiliter Institutus, erat ei *necessarius* Heres : ut videb. infra in Append. ad h. tit. et seq.

(7) Servi enim quorum libertas aliis legibus quam Lege Ælia-Sentia impediebatur, ne quidem ex hac causa (quod testator solvendo non esset) manumitti poterant.

capit. Nam Lege Ælia-Sentia ita cavetur ut, si duo pluresve ex eadem causa Heredes scripti sint, uti quisque primus scriptus sit, heres sit. *l.* 60. Celsus lib. 29. digest.

Idem obtinet in sequenti specie. Temporibus Divi Hadriani Senatus censuit, si testator qui quum moritur solvendo non fuit, duobus pluribusve libertatem dederit, eisque hereditatem restitui jusserit; et Institutus Heres suspectam sibi hereditatem dixerit: UT adire eam cogatur, et ad libertatem perveniat qui priore loco scriptus fuerit, eique hereditas restituatur. Idem servandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit. Igitur si primo loco scriptus desiderat adire hereditatem; nulla difficultas erit. Nam si posteriores quoque liberos se esse dicent, et restitui hereditatem desiderent; an solvendo sit hereditas et omnibus liberis factis restitui deberet, apud Prætorem quæreretur. Absente autem primo, sequens desiderans adiri hereditatem, non est audiendus (1): quia, si primus velit sibi restitui hereditatem, præferendus est; et hic (2), servus futurus. *l.* 83. § 1. Scævola lib. 18. quæst.

Quid autem si non possit dici uter priori loco scriptus sit?

V. G. Qui solvendo non erat, duos Apollonios liberos Heredesque esse jusserat. Altero ante apertas tabulas (3) testamenti mortuo, non ineleganter defendi poterit; eum qui supererit (4) liberum et solum necessarium Heredem fore. Quod si uterque vivit, Institutionem nullius esse momenti; propter Legem Æliam Sentiam quæ amplius quam unum necessarium Heredem fieri vetat: *l.* 42. Julian. lib. 64. digest. Ioviecem enim eos sibi obstare. *l.* 43. Paul. lib. 1. ad Leg. Æliam-Sentiam.

XIV. *Secunda limitatio est, ut ita demum qui solvendo non est, servum suum necessarium Heredem in fraudem creditorum facere possit; si nullus sit alius in quocumque gradu scriptus, qui ejus hereditatem adire velit.*

Hinc Si is qui solvendo non est servum cum libertate Heredem Instituerit, et liberum substituerit; ante incipiendum erit a substituto. Lex enim Ælia-Sentia ita demum ei qui in fraudem creditorum Heres Institutus est conservat libertatem, si nemo alius ex hoc testamento heres esse potest. *l.* 57. Paul. lib. 57. ad Ed.

Pariter Si is qui solvendo non est, primo loco Stichum, secundo eum cui ex fideicommissi causa libertatem debet, liberum et Heredem Instituerit; Neratius secundo loco Heredem scriptum fore ait (5): quia non videtur creditorum fraudandorum causa manumissus. *l.* 55. Paul. lib. 1. ad Leg. Æliam-Sentiam.

Tamen Ei qui solvendo non est, aliquo casu evenit ut et servus eum libertate heres existat, et præterea alius heres adjiciatur: veluti si servo cum libertate Herede Instituto, ita adjectum sit, Si mihi Stichus erit, tunc Titius quoque Heres esto. Nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres exiterit, heres esse non quum potes: autem semel heres extiterit servus, non potest adjectus efficere ut qui semel heres extitit, desinat heres esse. *l.* 88. Gaius lib. sing. de casibus.

XV. *Hactenus de Lege Ælia-Sentia. Quæcumque autem alia Lex obstet libertati servi testatoris, non potest a testatore scribi Heres. Hinc Marcianus:* Interdum nec cum libertate utiliter servus a domina Heres Instituitur; ut Constitutione Divorum Severi et Antonini significatur, cujus verba hæc sunt. « Servum adulterii accusatum, non jure » testamento manumissum ante Sententiam ab ea » muliere videri quæ rea fuerit ejusdem criminis » postulata, rationis est. Quare sequitur ut in eumdem a domina collata Institutio, nihil momenti » habeat ». *l.* 48. § 2. Marcian. lib. 4. instit.

XVI. *Quando autem nulla Lex obstat libertati; adeo pendet Institutio servi propria a libertate ipsi relicta, ut nisi simul deferantur, non valeat Institutio.*

Hinc Talem Institutionem quidam valere non putabant; Stichus liber esto: et, si liber erit, Heres esto. Sed Divus Marcus rescripsit, Hanc Institutionem valere (6), perinde atque si non erat adjectum Si liber erit. *l.* 51. Marcian. lib. 3. regul.

Sed et Si quis ita scripserit: Stichus liber esto: et, posteaquam liber erit, Heres esto: Labeo, Neratius et Aristo opinantur, detracto verbo medio Postea, simul ei et libertatem et hereditatem competere (7). Quæ sententia mihi quoque vera videtur. *l.* 9. § 14. Ulp. lib. 5. ad Sabin.

(1) Donec cognitum fuerit de viribus hereditatis, aut primus consenserit ei potius restitui quam sibi.

(2) Posteriori loco scriptus.

(3) Jure Legis Papiæ eo demum tempore libertas relicta competebat.

(4) Ex hoc loco concludit Cujacius regulam Catonianam non fuisse observatam in his in quibus Legi Papiæ locus erat; cum in hac specie libertas ab initio inutiliter relicta duobus, ex postfacto morte alterius in superstite convalescat.

(5) Cum libertas ei fuerit debita; libertas et Institutio ejus non fraudat testatoris creditores: adeoque præferendus est.

(6) Ratio dubitandi erat, quod in hac specie libertas videretur præcedere Institutionem: quod ratio Juris non patitur, cum libertas et cætera quæ testamento continentur, vires ex Institutione accipiant. Unde colligebatur, libertatem in hac specie inutiliter cedere; adeoque et Institutionem corruere: cum servi proprii Institutio sine libertate non valeat. Ratio autem decidendi fuit; quod sola figura verborum quæ attendi non debet, libertas in hac specie Institutionem præcederet; revera autem ex voluntate testatoris utraque simul deferatur.

(7) Eædem rationes dubitandi et decidendi, atque in Nota præcedenti.

Vice Versa Si sic scriptum sit STICHUS HERES ESTO, ET, SI HERES ERIT, LIBER ESTO; vel sic: HERES ESTO; ET, POSTEAQUAM HERES ERIT, LIBER ESTO; puto dicendum valere et libertatem et Institutionem (1). *d. l.* 9. § 15.

Imo longius adhuc porrectus est favor. Nam Si servum meum pure Heredem scripsero, sub conditione liberum; differtur Institutio in id tempus quo libertas data est. *l.* 3. § 1. ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Justinianus autem constituit ut ita quidem obtineret si conditio potestativa esset. Quod si casualis, et hereditas solvendo esset; voluit Institutionem quidem (ut diximus) a conditione libertati ascripta pendere, ipsam vero libertatem conditione defecta nihilominus competere. Quod si hereditas non solvendo sit, voluit omnino insuper haberi conditionem. l. fin. Cod. de Necessar. serv. hered.

XVII. *Quod diximus, Institutionem servi proprii pendere a libertate ipsi relicta, tandiu demum obtinet, quandiu in eadem causa mansit. Si enim postea alienatus fuerit vel manumissus, Institutio ejus non pendebit a libertate ipsi relicta; et valebit, licet defecerit libertati ascripta conditio: modo tamen, quum nondum defecta esset, fuerit alienatus vel manumissus.*

Unde Si quis servum suum liberum sub conditione, Heredem pure scripsisset, eumque vendidisset: pendente conditione, jussu emptoris servus adire hereditatem potest; quia constitit Institutio, et est qui jus imperandi habet. *l.* 38. § 2. JULIAN. LIB. 30. DIGEST.

Quod si post defectam conditionem alienatus fuisset; non potest jussu emptoris, hereditatem adire: quia eo tempore ad eum pervenisset, quo jam extincta Institutio (2) inutilis fuerat. *d. l.* 38. § 3.

Cum autem Institutio servi qui postea alienatus manumissusve est, desinat pendere a conditione libertatis ipsi testamento relictæ; sequitur non differri hanc institutionem ad tempus existentiæ hujus conditionis, quemadmodum differretur si in eadem causa mansisset.

Hinc Si Servus cum libertate (3) sub conditione, Heres Institutus, vivo testatore libertatem consecutus sit; etiam pendente conditione testamentariæ libertatis, adire hereditatem potest. *l.* 7. JULIAN. LIB. 30. DIGEST.

Item sive testator eum alienaverit, sive heres post mortem testatoris; jussu domini (4) hereditatem adibit. *d. l.* 7. § 1.

Si servus ex die libertatem acceperit, et hereditatem pure; mox sit alienatus, vel manumissus: videamus an Institutio valeat? Et quidem si alienatus non esset, potest defendi Institutionem valere; ut die veniente libertatis quæ hereditatem moratur, competente libertate et heres necessarius existat. *l.* 9. § 17. ULP. LIB. 5. AD SABIN.

Sed et si pure fuerit Heres Institutus, libertate in diem data; si sit alienatus vel manumissus; dici debet, Heredem eum posse existere. *d. l.* 9. § 19.

Videtur autem in eadem causa mansisse servus, quum jus duntaxat aliquod in eo constitutum est. Hinc statim subjicitur: Sed et si non ipse servus sit alienatus, sed ususfructus in eo; æque Institutio valet, sed differtur in id tempus quo extinguitur ususfructus. *d. l.* 9. § 20.

XVIII. *Vidimus servum proprium recte Heredem Institui, modo justa libertas ei relinquatur. Institutio autem ejus sine libertate non valet, ne quidem si facta esset in eum casum quo liber fieret.*

Hinc Servus alienus ita Heres Institui potest, QUUM LIBER ERIT; proprius autem ita Institui non potest (*l.* 21. *ff. de Conditionib. institut.* CELSUS LIB. 16. DIGEST.): QUIA ratio suadet, eum qui libertatem dare potest, ipsum debere aut præsenti die, aut in diem, aut sub conditione dare libertatem: nec habere facultatem, in casum a quolibet obvenientis libertatis Heredem Instituere. *l.* 22. *d. tit.* GAIUS LIB. 18. AD ED. PROVINC.

Cæterum opus non est ut expresse relinquatur servo proprio libertas; et facile præsumitur relicta.

Hinc Antoninus: Cum servi constituti sub appellatione LIBERTORUM. Heredes scripti essetis; ea scriptura benigna interpretatione perinde habenda est ac si liberi et heredes instituti fuissetis: quod in legato locum habet. *l.* 2. *Cod. de Necessar. serv. hered.*

Justinianus vero constituit, ut ex eo solo quod servus a domino Heres scriptus esset, præsumeretur ei relicta libertas: et quidem ita ut, etiamsi postea Codicillis ascripta esset, præsumeretur ibi ex abundanti ascripta et jam testamento relicta. l. 5. Cod. d. tit.

§ 2. *De servis alienis aut communibus.*

XIX. Non minus servos quam liberos Heredes Instituere possumus; si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos Heredes Instituere possumus: cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est. *l.* 31. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

Hinc V. G. perperam Institueremus servum peregrini. Tamen quamvis (ut supra vidimus) Jure Pandectarum municipes et collegia non possint Institui

(1) Ratio dubitandi, quod Institutio præcedere videretur libertatem: quod itemgatio Juris non patitur; cum non possit ille Heres fieri Heres quin sit liber. Ratio decidendi, ut supra N. 16 Not. (8).

(2) Cum eo tempore defecerit conditio libertatis, quo adhuc in eadem causa maneret; eo tempore defecit, quo adhuc a libertate penderet Institutio: adeoque deficiente libertatis conditione, extincta est Institutio.

(3) Ita restituit Cujacius pro eo quod vulgo legitur *Communis.* Et vero ex contextu patet, non Institutioni sed libertati in hac specie conditionem ascriptam fuisse.

(4) *Domini* cui alienatus est; nec proinde expectanda erit conditio libertatis.

Heredes; Servus municipum vel collegii vel Decuriæ Heres Institutus, manumissus vel alienatus adibit hereditatem. *l.* 25. § 1. *ff. de Acquir. vel omitt. hered.* ULP. LIB. 8. AD SABIN.

XX. Servus alienus vel totus vel pro parte, sine libertate Heres Institui potest. *l.* 3. ULP. LIB. 3. AD SABIN.

Quare etiam Herede Institui sine libertate, ut alienus, socio Herede scripto poterit (1): quia et proprius (2) cum domino Heres Institui poterit. *l.* 89. PAUL. LIB. 2. MANUALIUM.

§ 3. *De servis alicujus hereditatis jacentis, et de servis eorum qui post mortem testatoris nati sunt.*

XXI. Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit Heredem Institui posse, quia creditum est hereditatem dominum esse et defuncti locum obtinere. *l.* 31. § 1. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

Cæterum Servus hereditarios Heres Institui potest (3), si modo testamenti factio fuit cum defuncto; licet cum Herede Instituto non sit. *l.* 52. PAUL. LIB. 2. REGUL.

Simili ratione; Ejus servum qui post mortem meam natus erit, Heredem Institui posse Labeo frequenter scribit (4). Idque verum esse manifesto argumento comprobat: quia servus hereditarius, prinsquam adeatur hereditas, Institui Heres potest; quamvis testamenti facti tempora nullius sit. *l.* 64. JAVOLENUS LIB. 7. EPISTOLARUM.

§ 4. *De captivis et captivorum servis; item de servis pœnæ.*

XXII. Is qui apud hostes est, recte Heres Instituitur (5); quia jure postliminii omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpuntur (6). Itaque si reversus fuerit ab hostibus, adire hereditatem poterit.

Servus quoque ejus recte Heres instituitur: et, si reversus sit ab hostibus, potest eum jubere adire hereditatem; si vero ibi decesserit (7) qui ei Heres existet, potest per servum Heres fieri. *l.* 32. § 1. GAIUS LIB. 1. DE TESTAMENTIS AD EDICTUM PRÆTORIS URBANI.

XXIII. Si quis plane servus pœnæ fuerit effectus, ad gladium vel ad bestias vel in metallum damnatus; si fuerit Heres Institutus, pro non scripto hoc habebitur: idque Divus Pius rescripsit. *l.* 25. § 3. *ff. de Acq. vel omitt. hered.* ULPIAN. LIB. 8. AD SABIN.

ARTICULUS III.

Quibus temporibus requiritur in Herede testamenti factio.

XXIV. ***Hæc quæstio ad extraneos tantum heredes pertinere potest, cum alii statim ipso Jure heredes fiant.***

In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio; sive ipsi Heredes Instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur; testamenti facti, ut constiterit Institutio; et mortis testatoris, ut effectum habeat: hoc amplius, et quum adibit hereditatem (8), esse debet cum eo testamenti factio; sive pure, sive sub conditione Heres Institutus sit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem Institutionis existentem, mutatio juris heredi non nocet: quia (ut dixi) tria (9) tempora inspicimus. *l.* 49. § 1. FLORENTIN. LIB. 10. INSTIT.

Item Ulpianus. Solemus dicere, MEDIA TEMPORA NON NOCERE. Ut puta civis Romanus Heres scriptus vivo testatore factus peregrinus, mox ad civitatem Romanam pervenit; media tempora non nocent. Servus alienus sub conditione Heres scriptus, traditus est servo Hereditario (10), mox usucaptus

(1) Servus scilicet mihi et heredi quem scribo communis.

(2) Heredis.

(3) Ratio dubitandi erat; quod servi debent habere ex persona dominorum, testamenti factionem; is autem nullum habet dominum. Ratio decidendi: Imo videtur habere dominum, cum hereditas repræsentet personam defuncti; cum quo, si adhuc viveret, esset testamentum factio.

(4) Ratio dubitandi eadem atque in Nota præced. Ratio decidendi: Imo videtur habere dominum, eum scilicet posthumum. Non potuisset quidem ille posthumus Heres Institui: verum ut ex persona ejus, servus ejus habeat testamenti factionem; sufficit quod, si jam viveret, esset cum illo testamenti factio.

(5) Ratio dubitandi, quia est servus hostium.

(6) Hæc ratio decidendi: status captivi propter jus postliminii, (quo si revertatur, semper civis fuisse intelligitur) est interim magis in pendenti, quam abruptus. Recte igitur Heres Instituitur, valebitque ejus Institutio, et adire hereditatem poterit, si ab hostibus revertatur. Quod si apud eos decedat, corruet ejus Institutio.

(7) Cum captivus qui apud hostes decedit, civis decessisse eo momento quo captus est fictione Legis Corneliæ intelligatur; perinde est, quum servus ejus Institutus est, ac si servus cujuslibet hereditatis jacentis esset Institutus. Talem autem Institutionem valere, modo supra vidimus.

(8) Hoc non sic intelligendum est, ut tempus aditæ hereditatis sit tertium tempus; sed sic, ut testamenti factio quæ tempore mortis testatori requiritur, non solo mortis testatoris instanti requiratur, quum Institutio pura est; sed durare debeat donec heres adeat hereditatem. Tempus igitur mortis, et tempus aditæ hereditatis, non sunt duo tempora; sed unum quod a morte usque ad aditam hereditatem continuatur, quum pure facta est Institutio. Quod si Institutio sit conditionalis; testamenti factio, quæ tempore conditionis post mortem testatoris existentis requiritur, durare pariter debet donec adeat Heres.

(9) Scilicet testamenti, mortis testatoris, et conditionis existentiæ.

(10) Servo hereditatis jacentis testatoris.

ab extraneo; non est vitiata (1) Institutio. *l.* 6. § 2. ULP. LIB. 4. AD SABIN.

Pariter Celsus. Si Heres Institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit, redierit; aut si sub conditioue Heres Institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis et in bonorum possessionibus. *l.* 59. § 4. CELSUS LIB. 16. DIGEST.

XXV. *Testamenti factionem noli confundere, cum jure capiendi quod ex novis Legibus quibusdam personis denegabatur, ut cœlibibus, etc. Hoc enim jus sufficit habere tempore delatæ hereditatis, aut etiam postea intra diem cretionis. De qua re vid. infra ad Titulos* de Legatis *Part.* 5.

(1) Nec enim nocet medium tempus quo servus ille fuit servus hereditatis testatoris; adeoque in ea causa ut non posset testatori Heres exsitere. Species legis est: servus alienus Heres scriptus, traditus est ex aliqua causa servo hereditatis testatoris; mox servus hereditarius exeidit possessione servi illius Heredis scripti quem comparaverat et in peculio habebat. Si tempore existentis conditionis servus ille Heres scriptus mansisset in hereditate testatoris cui per servum hereditarium acquisitus fuerat; corruisset ejus Institutio: non potest enim valere Institutio servi qui sit hereditatis testatoris, sine libertate. Verum cum tempore existentis conditionis, invenitur usucaptus; valet Institutio: nec enim attenditur medium tempus.

SECUNDA PARS.

Quæ sit forma Institutionis Heredis.

Circa formam Institutionis Heredis quæremus 1.° *De voluntate testatoris in instituendo Herede, et hujus voluntatis significatione;* 2.° *Quibus verbis fieri debeat Institutio; et in quo testamenti loco;* 3.° *An ex certa re Institutio Heredis fieri possit;* 4.° *An quum unicus Heres Instituitur, possit ex parte Institui; et quum plures Instituuntur, an etiam sine parte institui possint; item an Heredis Institutio diem suscipiat;* 5.° *De fine quem testator in Instituendo Herede habere debet.*

§ 1. *De voluntate testatoris in Herede Instituendo, et hujus voluntatis significatione.*

XXVI. *Ut heredis Institutio recte facta intelligatur; ante omnia oportet ut testator eum quem heredem scripsit; voluerit sibi esse Heredem.*

V. G. Sed si quum Primum Heredem ex parte dimidia scribere destinasset, Primum et Secundum scripsit; solos Primus scriptus Heres videbitur, et solus Heres existet, quasi ex parte dimidia Heres Institutus (1). *l.* 9. § 7. ULP. LIB. 5. AD SABIN.

XXVII. *Sicut non est Heres quem testator scripsit, nisi hunc voluerit esse Heredem; ita vice versa nec is quem voluerit Heredem esse, nisi cum scripserit.*

Hinc Quoties volens alium Heredem scribere, alium scripserit; in corpore hominis errans, veluti FRATER MEUS; placet neque eum Heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. *d. l.* 9.

Quod dicimus, Heredem non esse nisi qui scriptus sit, sic accipe; aut nuncupatus sit. Institutum autem Heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est sed nuncupatus. *l.* 1. § 1. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Per consequentias autem non inducitur Institutio ejus qui nec scriptus nec nuncupatus est.

Hinc Javolenus. Hereditas ad Statium-Primum nullo jure pertinet, cum Institutus Heres non sit. Nec quidquam ei prodest quod ab eo aliquid legatum (2) est, aut libertus ei defuncti testamento commendatus est; ex quo, si manumissus non est, servus est. *l.* 65. LIB. 12. EPISTOLAR.

XXVIII. *Cæterum* Si quis nomen Heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo quod contumeliæ causa solet addi (3); valet Institutio. *sup. d. l.* 9. § 8.

Hinc Nemo dubitat recte ita Heredem nuncupari posse, HIC MIHI HERES ESTO, quum sit coram qui ostenditur. *l.* 58. PAUL. LIB. 4. AD VITELLIUM.

At Quotiens non apparet quis Heres Institutus sit, Institutio non valet: quippe evenire potest (4), si testator complures amicos eodem nomine habeat et ad designationem nominis singulari nomine utatur; nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit

(1) Altera autem dimidia ei accrescet.

(2) Cum Jure Pandectarum nonnisi ab Herede legatum relinqui posset; sequi videtur, voluntatem defuncti fuisse ut esset Heres. Sed hæc voluntas quæ per consequentias inducitur, non sufficit.

(3) Vid. infra § 5.

(4) Quidam rectius legunt: *Quod evenire oportet.*

revalatum pro qua parsona testator senserit. *l.* 62. § 1. MODEST. LIB. 2. PANDECTARUM.

Ergo Heres Institui nisi, ut certe demonstretur, nemo potest. *l.* 9. § 9. ULPIAN. LIB. 5. AD SABIN.

XXIX. *An autem certo demonstratus intelligi debeat in speciebus sequentibus, quæritur?* Si quis ita dixerit: UTER EX FRATRIBUS MEIS (TITIO ET MÆVIO) SEIAM UXOREM DUXERIT, EX DODRANTE; UTER NON DUXERIT EX QUADRANTE; HERES ESTO: hic recte factam Institutionem esse certum est; sed quis ex qua parte, incertum. *d. l.* 9. § 10.

Plane erit similis, si ita Institutio facta fuerit; UTER EX SUPRA SCRIPTIS FRATRIBUS MEIS SEIAM UXOREM DUXERIT, HERES ESTO. Sed et hanc puto valere Institutionem, quasi sub conditione factam. *d. l.* 9. § 11.

In utraque specie videtur testator certo demonstrasse quem Heredem Institueret: in utraque enim ambos fratres suos Heredes Instituit. Et quidem in novissima specie, eorum Institutio a conditione pendet, quasi singuli sub ea conditione scripti fuissent: in superiori autem specie non eorum Institutio, sed duntaxat portionum discrimen a conditione pendet. Quod portionum discrimen obtinebit, si conditio nuptiarum in altero impleatur, in altero deficiat; non obtinebit autem, si in utroque impleatur: quod quomodo contingere possit, ita docet Marcellus:

UTER EX FRATRIBUS MEIS CONSOBRINAM NOSTRAM DUXERIT UXOREM, EX DODRANTE, QUI NON DUXERIT, EX QUADRANTE HERES ESTO. Aut nubit alteri, aut non vult nubere (1) Consobrinam (2) qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem; erit alterius quadrans: si neuter eam duxerit uxorem (non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit) ambo in partes æquales admittuntur (3). Plerumque enim hæc conditio, SI UXOREM DUXERIT, SI DEDERIT, SI FECERIT. Ita accipi oportet quod per eum non stet quominus ducat, det, aut faciat. *l.* 23. *ff. de Condit. institut.* MARCELL. LIB. 12. DIGEST.

Item hoc portionum discrimen non obtinet, si in utroque conditio deficiat. V. G. QUI EX FRATRIBUS MEIS TITIAM CONSOBRINAM UXOREM DUXERIT, EX BESSE HERES ESTO, QUI NON DUXERIT, EX TRIENTE HERES ESTO, Vivo testatore consobrina defuncta; ambo ad hereditatem venientes, semisses habebunt: quia verum est eos Heredes Institutos; sed emolumento portionum, nuptiarum eventu discretos. *l.* 24. *ff. d. tit.* PAPINIAN. LIB. 6. RESPONS.

Hæc circa has species notanda obiter fuerunt.

XXX. *Vidimus constare debere de persona quæ Instituitur Heres. Pariter constare debet de conditione sub qua quis scriptus est: alioquin sciri non poterit an extiterit; adeoque an ex voluntate testatoris is sit Heres, quem nonnisi in hujus conditionis eventum Heredem esse voluit.*

Tantumdem Marcellus tractat et in eo qui conditionem destinans inserere, non addidit: nam et hunc pro non Instituto putat. *l.* 9. § 5. ULP. LIB. 5. AD SABIN.

Idem tractat; et si testamentarius (4) contra voluntatem testatoris conditionem detraxit, vel mutavit; Heredem non futurum, sed pro non Instituto habendum. *d. l.* 9. § 6.

Sed si conditionem addidit dum nollet, detracta ea Heredem futurum; nec nuncupatum videri quod contra voluntatem scriptum est. Quam sententiam et ipse et nos probamus. *d. l.* 9. § 5.

§ 2. *Quibus verbis et in quo testamenti loco fieri debeat Institutio Heredis.*

XXXI. His verbis, TITIUS HEREDITATIS MEÆ DOMINUS ESTO, recte institutio fit. *l.* 48. MARCIAN. LIB. 4. INSTIT.

Heres Institui recte potest his verbis TITIUS HERES ESTO, TITIUS HERES SIT, TITIUM HEREDEM ESSE (5) JUBEO.

Illa autem Institotio, HEREDEM INSTITUO, HEREDEM FACIO, plerisque improbata (6) est. ULP. FRAGM. *tit.* 21.

Verum has in verbis scrupulositates improbavit lex 15. *Cod.* de Testamentis.

XXXII. *Omissio alicujus vocabuli in Heredis Institutione, eam non vitiat. V. G.* Si autem sic scribat, LUCIUS HERES; licet non adjecerit, ESTO credimus plus nuncupatum, minus scriptum. Et si ita, LUCIUS ESTO; tantumdem dicimus. Ergo et si ita, LUCIUS solummodo? Marcellus non insubtilitar, non putat (7) hodie hoc procedere. Divus autem Pius, quum quidam portiones inter heredes distribuisset ita; ILLE EX PARTE TOTA, ILLE EX TOTA; nec adjecisset HERES ESTO rescripsit valere Institutionem. Quod et Julianus scripsit. *l.* 1. § 5. ULP. LIB. 1. AD SABIN.

Item Divus Pius rescripsit, ILLA UXOR MEA ESTO, Institutionem valere, licet deesset, HERES. *d. l.* 1. § 6.

Idem Julianus, ILLUM HEREDEM ESSE non putavit valere; quouiam deesset aliquid. Sed et ipsa valebit, subaudito JUBEO. *d. l.* 1. § 7.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus. Errore scribentis testamentum, Juris solemnitas mutilari nequaquam potest; quando mi-

(1) Ubi.

(2) Primo casu, quum nubit alteri.

(3) Quasi in ambobus pro impleta habeatur conditio. Vid. Tit. *de Condit. et demonstr.* infra lib. 35.

(4) Persona qua utitur testator ad scribendum testamentum.

(5) De hac postrema specie forte dubium fuit, quia verbum *jubeo* interdum precario sensu accipitur: sed etiam habet significationem Imperativam, ut infra videbimus ad Titulos *de Legatis*.

(6) Scilicet (ut recte ait Anton. Faber) quia his verbis magis narrat quam imperat.

(7) Sed Marcelli sententia non obtinuit, ut mox dicimus ex l. 7. *Cod. de Testamentis*.

nus scriptum, plus nuncupatum videtur. Et ideo recte testamento condito, quanquam desit Heres esto; consequens est existente Herede legata seu fideicommissa juxta voluntatem testatoris oportere dari. *l.* 7. *Cod. de Testament.*

XXXIII. *Quod spectat locum Institutionis in testamento;* Qui testatur, ab Heredis Institutione plerumque (1) debet initium facere testamenti.

Licet etiam ab exheredatione quam nominatim facit: nam Divus Trajanus rescripsit, posse nominatim etiam ante Heredis Institutionem filium exheredare. *l.* 1. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

Obtinuit etiam ut substitutio vulgaris possit ordine scripturæ antecedere Institutionem. Cæterum Jure antiquo Ante Heredis Institutionem legari non potest; quoniam et potestas testamenti ab Heredis Institutione incipit. Ulp. fragm. *tit.* 24. § 15.

Pariter Paulus: Ante Heredis Institutionem legari non potest: inter medias Heredum Institutiones, sive alter sive uterque adeat, potest. Paul. sent. *lib.* 3. *tit.* 8. § 2.

Justinianus autem constituit ut etiam ante Heredis Institutionem legari posset; ut vid. in Instit. *Tit.* de Legatis. § 34.

§ 3. *An ex certa re Heredis Institutio fieri possit.*

XXXIV. *Cum heres definiatur successor in universum jus; sequatur quod ex re certa, aut ex parte alicujus rei certæ, Heres Institui non potest. Non tamen, si id factum fuerit, Institutio nulla erit; sed, detracta rei mentione, perinde erit ac si simpliciter sine ulla rei aut partis expressione Heres scriptus esset.*

V. G. Si ex fundo fuisset aliquis solus Institutus, valet Institutio detracta fundi mentione. *sup. d. l.* 1. § 4.

Sed et Si duo sint Heredes Instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi: Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur; ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus Heredes scripti hereditate potirentur; si modo voluntas (2) patrisfamilias manifestissime non refragatur. *l.* 9. § 13. Ulp. lib. 5. ad Sabin.

Item Paulus: Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis Heredes Instituerit, perinde habebitur quasi non adjectis partibus Heredes scripti essent. Nec enim facile ex diversitate partium [a] portiones (3) inveniuntur. Ergo expeditius est quod Sabinus scribit, Perinde habendum ac si nec fundum, nec partes nominasset. *l.* 10. Paul. lib. 1. ad Sabin.

Item Javolenus in hac specie: Attius fundi Corneliani heres esto mihi; duo Titii illius insulæ heredes sunto: habebunt duo Titii semissem (4), Attius semissem; idque Proculo placet. Quid tibi videtur? Respondit: Vera est proculi opinio. *l.* 11. Javol. lib. 7. epistol.

Consonat quod ait Tryphoninus in specie sequenti. Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum; et dum ignorat patri se Suum heredem extitisse, decessit. Non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse: quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit; quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori. Quod jus iste (5) non habuerit, non magis quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii Heres scriptus, universa bona habebit; perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes. *l.* 19. § 2. *ff. Castr. pecul.* Tryphonin. lib. 18. disputat.

XXXV. *Quod diximus rei adjectionem detrahi, intellige quod ad jus Institutionis attinet. Cæterum hæc rei adjectio valet ut huic Heredi jure prælegati relicta res intelligatur; eamque salva Falcidia præcipere possit.*

Hoc docet Papinianus. Qui non (6) militabat, bonorum maternorum quæ in Pannonia possidebat libertum Heredem Instituit, paternorum quæ habebat in Syria Titium. Jure semisses ambos habere constitit; sed arbitrum dividendæ hereditatis supremam voluntatem factis adjudicationibus (7) et interpositis propter actiones cautionibus (8) sequi salva Falcidia: scilicet ut quod vice mutua præsta-

(1) Quædam enim sunt, quæ possunt præcedere Heredis Institutionem, ut mox dicetur: ideo dicit *Plerumque.*

(2) Puta, si aliquo argumento appareret voluisse testatorem eos esse ex iisdem partibus Heredes quas ascripserat eis in fundo.

[a] *Alias* prædiorum, *alias* pretiorum.

(3) Finge: Primus scriptus est Heres ex triente fundi Titiani, Secundus ex besse fundi Semproniani. Hæc species valde diversa est a specie in qua Primus ex triente, alter ex besse ejusdem fundi scripti sunt. In hac enim specie manifeste testator assignavit Secundo partem duplo majorem parte Primi: quæ res locum facere potest quæstioni voluntatis, num pariter voluerit testator Secundum in sua hereditate habere partem duplo majorem parte Primi. In specie vero nostræ legis non idem apparet, propter diversitatem pretiorum. Triens enim fundi Titiani potest æquipollere bessi fundi Semproniani.

(4) Duo *Oratione* conjuncti, unius personæ vice funguntur.

(5) Qui desiit miles esse et est veteranus, adeoque paganus.

(6) Speciem ponit in non militante; nam miles potest ex re certa Heredem facere; ut videb. Tit. *de Testam. milit.* infra lib. seq.

(7) Id est, adjudicabit liberto bona materna Pannoniæ, et Titio bona paterna Syriæ; ut ea pro parte hereditaria jure hereditario, pro reliqua parte titulo legati habeant.

(8) Scilicet *Interpositis cautionibus* de reddendo si quid alteruter plus Falcidia cepisset: quæ cautiones interponentur propter actiones quæ ignorantur adversus hereditatem competere.

rent doli ratione, quadranti retinendo compensetur (1). l. 78. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Hoc fusius adhuc docet Ulpianus. Ex facto proponebatur quidam duos Heredes scripsisse, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum: et cum merces in Italiam devehere soleret, pecuniam misisse in provinciam ad merces comparandas; quæ comparatæ sunt vel vivo eo, vel post mortem, nondum tamen in Italiam devectæ. Quærebatur, merces utrum ad eum pertineant qui rerum Italicarum Heres scriptus erat; an vero ad eum qui provincialium? Dicebam, Receptum esse RERUM Heredem Institui posse, nec esse inutilem Institutionem; sed ita ut officio judicis Familiæ Erciscundæ cognoscentis contineatur, nihil amplius eum qui EX RE Institutus est, quam rem ex qua Heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur: Verbi gratia: Pone duos esse Heredes Institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano: et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex æquis partibus, quasi sine partibus Instituti; verumtamen officio judicis tenebuntur ut unicuique eorum fundus qui relictus est adjudicetur, vel attribuatur. l. 35. ULP. LIB. 4. DISPUTAT.

Unde scio quæsitum, æris alieni onus pro qua parte agnosci debeat? Et refert Papinianus, cujus sententiam ipse quoque probavi; Pro hereditariis partibus eos agnoscere æs alienum debere, hoc est pro semisse: fundos etenim vice præceptionis accipiendos. Quare si forte tantum sit æs alienum, ut nihil detracto eo, superesse possit; consequenter dicemus Institutiones istas EX RE factas nullius esse momenti. Et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura; hic officium judicis recidit, præceptiones istas ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam præceptiones. Quod si fuerit incertum an Falcidia interventura sit: rectissime probatur, officio judicis cautiones esse interponendas. d. l. 35. § 1.

Cum hæc ita sint; hæc etiam Institutio de qua quæritur, non est repellenda, si alius rerum provincialium, alius rerum Italicarum Heres fuerit scriptus. Officioque judicis attribuentur singulis res quæ ascriptæ sunt: erunt tamen heredes ex æquis partibus, quia nulla pars ascripta est. Quæ res facit ut si forte in aliis facultatibus plus sit, in Italicis forte quam in provincialibus, in aliis minus; et æris alieni ratio urgeat; dici imminutionem eamdem fieri quam supra ostendimus. Proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio (2) admittenda erit. d. l. 35. § 2.

Rerum autem Italicarum vel provincialium significatione quæ res accipiendæ sint, videndum est? Et facit quidem totum voluntas defuncti: nam quid senserit spectandum est. Verumtamen hoc intelligendum erit, rerum Italicarum significatione eas contineri quas perpetuo quis ibi habuerit, atque ita disposuit ut perpetuo haberet: cæteroquin si tempore in quo transtulit in alium locum, non ut sibi haberet, sed ut denuo ad pristinum locum revocaret; neque augebit quo transtulit, neque minuet unde transtulit. Ut puta: de Italico patrimonio quosdam servos miserat in provinciam (forte Galliam) ad exigendum debitum vel ad merces comparandas, recursuros [a] si comparassent: dubium non est quin debeat dici, ad Italicum patrimonium eos pertinere debere. Ut est apud Mucium relatum: Quum fundus erat legatus vel cum instrumento vel cum his quæ ibi sunt. Agasonem enim missum in villam a patrefamilias non pertinere ad fundi legatum, Mucius ait; quia non idcirco illo erat missus ut ibi esset. Proinde si servus fuerit missus in villam, interim illic futurus quia dominum offenderat, quasi ad tempus relegatus, responsum est eum ad villæ legatum non pertinere. Quare ne servi quidem qui operari in agro consuerunt, qui in alios agros revertebantur et quasi ab alio commodati, in ea sunt conditione ut ad legatum pertineant; quia non ita in agro fuerant ut ei agro viderentur destinati. Quæ res in proposito quoque suggerit ut Italicarum rerum esse credantur hæ res quas in Italia esse testator voluit. d. l. 35. § 3.

Proinde etsi pecuniam misit in provinciam ad merces comparandas, et necdum comparatæ sint, dico pecuniam, quæ idcirco missa est ut per eam merces in Italiam adveherentur, in Italico patrimonio injungendam. Nam etsi dedisset in provincia de pecuniis quas in Italia exercebat ituras et redituras; dicendum est hanc quoque Italici patrimonii esse rationem. d. l. 35. § 4.

(1) Finge 400 esse in bonis; scilicet in maternis centum, in paternis trecenta. Titius cui prælegata sunt bona paterna, habet jure hereditario dimidiam horum bonorum; alteram accipiet a liberto coherede, scilicet 150. Sed cum ipse liberto coheredi debeat præstare 50 pro dimidia quam habet in bonis maternis liberto prælegatis, hæc quinquaginta compensabit cum 150 quæ ipsi præstari debent; et sic accipiet a liberto duntaxat centum. Postea finge emersisse legatarios qui ignorabantur, codicillis diu celatis: hi singulis Heredibus singula sexaginta abstulerunt, et sic libertus Falcidiam suam intactam non habet. Nam Falcidia cujusque Heredis in præsenti specie est quinquaginta. Porro supersunt ipsi quadraginta duntaxat, quorum dimidiam tantum habet jure hereditario, scilicet viginti. Alteram autem dimidiam cum habeat jure prælegati quod regulariter in Falcidiam non computatur; desunt igitur ei ex Falcidia triginta. Sed si hæc petet a Titio cui jure prælegati præstitit centum quinquaginta, repelletur exceptione *Doli* pro modo eorum viginti quæ apud ipsum remanent ex quinquaginta quæ ipse vice mutua a Titio jure prælegati accepit. Unde eveniet ut his viginti in Falcidia sua computandis, decem duntaxat a Titio consequatur. Enimvero licet regulariter prælegata in Falcidiam non imputentur; tamen jure compensationis imputantur, quum ab eo coherede petitur Falcidia, a quo ille prælegata accepimus. Ita Accurs. et Cujac.

(2) Id est, hæc prælegata rerum Italicarum et rerum provincialium, in ponenda ratione Falcidiæ contribuentur cum legatis quæ extraneis relicta sunt.

[a] *Alias* reversuros.

Igitur efficere; dici, ut merces quoque istæ quæ comparatæ sunt ut Romam veherentur, sive profectæ sunt eo vivo sive nondum, et sive scit, sive ignoravit, ad eum heredem pertinere cui Italicæ res sunt ascriptæ. *d. l.* 35. § 5.

Ex Constitutione Justiniani, quum alii ex certa re, alii sine parte aut ex certa parte hereditatis Instituuntur; si qui ex certa re scripti sunt, legatariorum loco habentur: actionesque hereditariæ cæteris duntaxat et contra eos in solidum competunt. l. penult. Cod. h. tit.

XXXVI. *Quemadmodum ex certa re Instituto Herede, detrahitur rei mentio; similiter* Si quis ita Heres Institutus fuerit, Excepto fundo, excepto usufructu, Heres esto; perinde erit Jure Civili atque si sine (1) ea re Heres Institutus esset. Idque auctoritate Galli-Aquilii factum est. *l.* 74. Licinnius-Rufin. lib. 2. regul.

§ 4. *An Heres unicus possit ex parte Institui, aut plures sine parte; item an Heredis Institutio diem recipiat.*

XXXVII. Jus nostrum non patitur eumdem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna (2) est, testatus et intestatus. *l.* 7. *de Reg. Jur.* Pompon. lib. 3. ad Sabin.

XXXVIII. *Ex hac regula evidenter sequitur, quum unicus Heres in testamento pagani Instituitur, frustra in ejus Institutione partem adjici; detractaque partis mentione, eum nihilominus ex asse heredem futurum.*

Quum autem plures Heredes Instituuntur, potest testator ex quibus voluerit partibus eos Heredes Instituere, vel etiam non expressa parte.

Et quidem etiam, quum testator partem expressurum se dixit nec expressit, valet Institutio. Hinc Si quis ita scripserit Heredem: Ex qua parte codicillis Titium Heredem scripsero, heres esto; etiamsi pars in codicillis non fuerit ascripta, erit tamen heres quasi sine parte Institutus. *l.* 36. Ulp. lib. 8. disput.

Et cum expressio partis non necessaria sit: quid testator Si non in corpore erravit, sed in parte; puta si quum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus? Celsus libro 12 Quæstionum, Digestorum 11, Posse defendi ait, ex semisse heredem fore; quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. Quæ sententia Rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque est et si ipse testator minus scribat, quam plus vellet ascribere. *l.* 9. § 2. Ulp. lib. 5. ad Sabin.

Sed si majorem partem ascripserit testamentarius, vel (quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem; Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam inest (3) quadrans in semisse. Quam sententiam et Celsus probat. *d. l.* 9. § 3.

XXXIX. *Valet quidem Institutio parte non ascripta. At non valet ea ascripta parte quæ in rerum natura non existit.*

Hæc ex Ulpiano discimus. Ita ille: Circa eo qui ita Heredes Instituti sint, Ex partibus quas ascripsero; non putat Marcellus eos heredes, nullis ascriptis partibus: quemadmodum si ita essent Heredes Instituti, Si his partes ascripsero, Sed magis est ut sic utraque Institutio accipiatur, si voluntas defuncti non refragatur, Ex quibus partibus ascripsero, si minus, Ex æquis: quasi duplici facta Institutione. Quam sententiam Celsus libro 16 Digestorum probat. Aliter atque probat in illa Institutione: Ex qua parte me Titius Heredem scripsit, Seius heres esto: tunc enim si non est a Titio scriptus, nec Seius, ab eo. Nec immerito: hic enim creditur inesse conditio. Sed Marcellus hæc similia putat (4). *l.* 2. Ulp. lib. 2. ad Sabin.

Potest autem interesse utrum ita quis scribat, ex his partibus quas Ascripsi, an Ascripsero: ut superiori modo dicas, nullis ascriptis partibus (5) nullam esse Institutionem: quomodo in illo Marcellus, Ex his partibus ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunto; si intestata mater decesserit, hos non esse Institutos. *d. l.* 2. § 1.

Ex parte quæ non existit, Institutio facta videtur in specie sequenti. Ex facto etiam agitatum Pomponius et Arrianus referunt: si quis vacua parte relicta ita Instituerit, Si mihi Seius heres non erit (quem non Instituerat) Sempronius heres esto; an hic occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat ad eam partem admitti. Aristo contra putat; quia huic pars esset data (6) quæ nulla esset. Quam sententiam et Javolenus

(1) Id est, sine mentione hujus rei exceptæ.

(2) Ratio evidens est; Defunctus per Heredes suos repræsentatur. Absurdum autem est per qualitates contradictorias quæ in uno eodemque homine natura esse non possunt, eum repræsentari. Fictio debet imitari naturam.

(3) Argumentum est a fortiori. In præcedenti specie valet Institutio ex *Semisse* quem testator voluit relinquere, quamvis *Quadrans* duntaxat ascriptus sit: multo magis quum *Quadrantem* relinquere voluit, quamvis per errorem scripserit *Semissem*, debet Institutio ex hoc quadrante valere. Nam hic quadrans non solum voluntate sed etiam scriptura continetur: *Inest* enim *in semisse* qui per errorem ascriptus est.

(4) Et ideo in prima specie supra dicta definivit Heredes non esse. Sed male.

(5) Id est, partibus quæ nullæ sunt, quæ non existunt. Valde igitur differt utraque species. Qui instituit ex parte *Quam ascripsero*, ejus animi est ut aliquando partem ascribat; interim autem ut sine ulla parte ascripta Instituat: valet igitur Institutio, quasi sine parte facta; quas Institutiones valere modo supra vidimus. At is qui Instituit ex parte *Quam ascripsi*, partem actu ascribit; sed eam partem quæ in rerum natura non est, quæ nulla est.

(6) Pars Seii scilicet, quæ nulla est cum Seius non fuerit Institutus.

probat, et Pomponius, et Arrianus. Et hoc Jure utimur. *l.* 19 Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Videtur etiam Institutio facta ex parte quæ non existit, in sequenti specie.

Seius Mævium ex parte Quam per leges capere possit Heredem Instituit, et reliqua Titium. Si Mævius solidum capere poterit, Titius adjectus aut substitutus heres non erit. *l.* 78. § *fin.* Papin. lib. 6. respons.

Obiter nota. Quod si non sit reliqui facta mentio, tantumdem in altero asse habebit Mævius quantum Titius in primo. *l.* 79. Papin. lib. 1. defin.

Quod si Mævius nullius capax sit, in totum (1) substitutus admittitur. *l.* 80. Papin. lib. 6. respons.

XL. *Ex regula quam initio § proposuimus, sequitur etiam quod* Hereditas ex die vel ad diem non recte datur (2).

Sed vitio temporis sublato (3) manet Institutio. *l.* 34. Papin. lib. 1. defin.

Hoc accipe de die certo qui retrotrahi non potest. Ex die autem incerta potest Heres Institui : puta Potest quis ita Heredem Instituere; Si intra annum septuagesimum decessero, ille mihi Heres esto. Non enim pro parte testatus intelligi debet, sed sub conditione Instituisse. *l.* 56. Paul. lib. sing. de secundis Tabulis.

Hinc Extraneum, etiam Quum quis moriaetur, Heredem scribi placuit. *l.* 9. *Cod. h. tit.* Dioclet. et Maxim.

§ 5. *De fine quem in Instituendo Herede testator habere debet.*

XLI. *Institutio non valet nisi ex fine honesto fiat. Hinc supra vidimus (N. 28.) Institutionem ejus qui contumeliosa appellatione designatus est, non valere; nimirum quia videtur testator eum Instituisse animo eum traducendi : qui finis inhonestus est.*

Hunc autem animum non habere credendus est pater qui cum maledicto filium Instituit; sed hoc duntaxat significare velle, tantam esse suam in filium pietatem ut ejus offensis non superetur. Unde Illa Institutio valet : Filius meus Impiissimus, male de me meritus, Heres esto. Pure (4) enim Heres Instituitur cum maledicto : et omnes hujusmodi Institutiones receptæ sunt. *l.* 48. § 1. Marcian. lib. 4. institut.

XLII. *Finis etiam inhonestus est, si quis Heres Instituatur calumniæ causa; ut alicui potens adversarius suscitaretur.*

V. G. Imperatorem litis causa Heredem Institui invidiosum est; nec calumniæ [a] facultatem ex Principali Majestate, capi oportet. *l.* 91. Paul. lib. 5. sentent.

XLIII. *Similiter propter inhonestum finem, captatoriæ Institutiones reprobatæ sunt Senatusconsulto quodam (5); quum scilicet quis aliquem Heredem Instituit ut sibi ejus hereditatem captet.*

Sed illud quæri potest an idem servandum sit quod Senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit? Veluti si ita scripserit : Titius Si Mævium tabulis testamenti sui Heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, Heres esto. Quod in sententiam Senatusconsulti incidere non est dubium. *l.* 71. § 1. Paul. lib. 5. ad Leg. Jul. et Pap.

Cæterum Captatorias Institutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis (6) affectionibus judicia provocaverunt; sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ (7) voluntatis. *l.* 70. Papin. lib. 6. respons.

Illæ autem Institutiones captatoriæ non sunt; veluti si ita Heredem quis Instituat : Qua ex parte Titius me Heredem Instituit, ex ea parte Mævius Heres esto; quia in præteritum, non in futurum Institutio collata est. *sup. d. l.* 71.

Item Si ita scripserit : Quanta ex parte me a Titio Heredem Institutum recitavero, ex ea parte Sempronius mihi Heres esto : non est captatoria Institutio. Plane nullo recitato testamento ab ipso testatore, inanis videbitur Institutio; remota suspicione (8) captatoriæ Institutionis. *l.* 81. § 1. Paul. lib. 9. quæst.

Circa has conditiones Institutioni Heredis appositas observa quod Si quis te Heredem ita Instituit, Si se Heredem Instituisses aut quid sibi legasses; nihil interest quo gradu is a te Heres Institutus vel quid ei legatum sit : dummodo aliquo gradu id te fecisse probes. *l.* 20. § 2. *ff. de Condit. Institut.* Labeo lib. 2. poster. a Javol. epitomator.

(1) Nam Reliqui *appellatio etiam totum continet.* l. 95. et l. 160. ff. *de verb. signif.*

(2) Nam esset quis intestatus usque ad diem ex quo Heredem Instituit, et postea ex illa die testatus.

(3) Id est, detracta diei mentione; quæ nisi detraheretur, vitium efficeret.

(4) Suspicor legendum *recte* pro *pure.*

[a] *Alias* calumniari.

(5) Cujus nomen et ætas ignorantur. Perperam Glossa dicit Senatusconsultum esse Libonianum.

(6) Id est, non videbuntur captatoriæ Institutiones; si sine calliditate, sine voto captandæ hereditatis alterius, duo se invicem Heredes Instituerunt.

(7) Quibus scilicet additur hæc conditio, *Si me Heredem Instituerit.*

(8) Id est, etiamsi nulla sit suspicio captationis. Est enim alia ratio cur non valeat; scilicet quia facta est ex parte quæ nulla est : supra N. 39.

TERTIA PARS.

Quomodo inter plures Heredes distribuatur hereditas.

XLIV. *Quum plures sunt Heredes, necesse est inter eos distribui hereditatem. Enimvero* Uoi duo pro solido Heredes esse non possunt. *l.* 141. *de Reg. Jur.* PAUL. LIB. 54. AD ED.

Cum autem regula Juris non patiatur aliquem partim testatum, partim intestatum decedere; sic testatoris hereditas inter omnes quos scripsit Heredes aut inter eos qui ex illis supersunt distribui debet, ut tota distribuatur nullaque pars vacua remaneat. Videndum igitur 1.° *De distributione hereditatis quæ fit inter omnes qui scripti sunt;* 2.° *De Jure accrescendi quod locum habet inter eos qui supersunt, quum quidam heredes ad hereditatem non veniunt. Cum autem prout quidam ex heredibus* PARTE *aut* VERBIS *conjuncti vel disjuncti sunt, vario jure in hac hereditatis distributione et in jure accrescendi utantur; pauca præmittenda sunt de conjunctis et disjunctis Heredibus.*

ARTICULUS I.

De conjunctis aut disjunctis Heredibus.

Inter plures Heredes possunt quidam esse RE *(ut aiunt) seu* Parte et Verbis *invicem conjuncti; quidam* Verbis, *et non* Parte; *quidam* Parte, *et non* Verbis: *quidam denique tam* Parte *quam* Verbis *disjuncti.*

XLV. 1.° Parte et Verbis *conjunguntur, qui per particulam aliquam copulativam aut per nomen collectivum junguntur.*

Hæc autem vox, IMO, *duos in hereditatis parte non conjungit; sed potius eum qui priori loco scriptus est, excludit. V. G.* Si ita scriptum fuerit: TITIUS, IMO SEIUS Heres esto; Seium solum heredem fore respondit. Sed et si ita: TITIUS HERES ESTO, IMO SEIUS Heres esto, idem erit dicendum. *l.* 47. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

Conjuncti Parte et Verbis *tam in distributione hereditatis quam in Jure accrescendi unius personæ vice funguntur; respectu eorum a quibus* Verbis *disjuncti sunt, quamvis in eadem parte conjuncti: ut jam intelleximus obiter ex l.* 11. *h. tit. supra N.* 34.

XLVI. 2.° Verbis *tantum, non* Parte *conjuncti intelliguntur qui per aliquam particulam copulativam aut per nomen collectivum quidem conjuncti sunt; sed ita ut aliunde appareat ob celeritatem sermonis duntaxat testatorem ita eos conjunxisse: quod præsumitur ex his verbis a testatore adjectis;* ÆQUE, *vel* ÆQUIS PARTIBUS.

Ergo, etsi abundare quandoque videatur, contra tamen Interdum hæc adjectio, ÆQUA HEREDES SUNTO, testatoris voluntatem exprimit. Ut puta, primus, et fratris mei filii ÆQUA Heredes sunto. Nam hæc adjectio declarat omnes ex virilibus partibus Institutos; ut et Labeo scripsit. Qua detracta semissem fratris filii (1), semissem Primus haberet. *l.* 13. ULP. LIB. 7. AD SABIN.

Item Si ita quis Heredes Instituerit: TITIUS HERES ESTO; GAIUS ET MÆVIUS ÆQUIS EX PARTIBUS HEREDES SUNTO; quamvis ET syllaba conjunctionem facit, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit (2), sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus; quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur. *l.* 66. POMPON. LIB. 1. AD Q. MUCIUM.

XLVII. 3.° *Conjuncti* Parte *tantum, et non* Verbis *proponuntur in specie sequenti. De qua re tamen poterat dubitari.*

Julianus quoque libro 3 refert, si quis ita Heredem scripserit; TITIUS EX PARTE DIMIDIA HERES ESTO, SEIUS EX PARTE DIMIDIA: EX QUA PARTE SEIUM INSTITUI, EX EADEM PARTE SEMPRONIUS HERES ESTO; dubitari posse utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Seium et Sempronium conjungere? Quod est verius. Et ideo conjunctim eos videri Institutos: sic fiet ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant (3). *l.* 15. ULP. LIB. 9. AD SABIN.

Illi pariter, tam in distributione hereditatis quam circa jus accrescendi unius personæ vice funguntur, respectu eorum a quibus Parte *disjuncti sunt.*

XLVIII. *Quinam* Parte et Verbis *disjuncti sint, ex supra dictis patet.*

ARTICULUS II.

De distributione hereditatis inter omnes Heredes qui scripti sunt.

XLIX. Hereditas plerumque dividitur in duo-

(1) Utpote qui alioqui *Parte et verbis* conjuncti viderentur. Hi autem inter se unius personæ vice fungantur, ut jam vidimus.

(2) Quod contingeret si conjuncti *Parte et verbis* essent; ut videbimus Art. seq.

(3) Concursu enim eorum in eumdem semissem, scinditur semis in duos quadrantes.

decim uncias, quæ Assis (1) appellatione continentur. Habent autem et hæ partes propria nomina, ab Uncia usque ad assem : puta hæc ; Sextans, Quadrans, Triens, Quincunx, Semis, Septunx, Bes, Dextans, Deunx, As. *l.* 5o. § *fin.* Ulp. lib. 6. regul.

Hæc partium nomina facile intelliguntur : nimirum, cum As seu Totum dividatur in duodecim uncias, Uncia *ipsa est duodecima pars Hereditatis*........................ $\frac{1}{12}$

Sextans, *duæ unciæ ; seu sexta pars Hereditatis*........................ $\frac{1}{6}$

Quadrans, *tres unciæ* (le quart au total)... $\frac{1}{4}$

Triens, *quatuor unciæ* (le tiers)........... $\frac{1}{3}$

Quincunx, *quinque unciæ*................ $\frac{5}{12}$

Semis, *sex unciæ* (la moitié)............ $\frac{1}{2}$

Septunx, *septem unciæ*................ $\frac{7}{12}$

Bes *quasi bis triens, id est octo unciæ* (les deux tiers)........................ $\frac{2}{3}$

Dodrans *seu dempto quadrante As ; id est, novem unciæ* (les trois quarts)............ $\frac{3}{4}$

Dextans *seu dempto sextante As ; id est, decem unciæ*........................ $\frac{5}{6}$

Deunx *seu dempta uncia As ; id est, undecim unciæ*........................ $\frac{11}{12}$

Uncia *autem ipsa dividitur in duas* Semi-uncias, *et in quatuor* Sicilicos : *quarum partium mentio est in* . 21. § 2. *ff.* de Annuis legat. *Fit etiam interdum mentio* Sescunciæ, *quæ est uncia cum dimidia parte unciæ.*

Non tamen semper hæ partes in distributione hereditatis servantur. Nam Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest quot voluerit. Sed solennis Assis distributio in duodecim uncias fit. *l.* 13. § 1. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Jam vero circa distributionem Hereditatis, tres casus distinguendi sunt. Aut enim omnes ex certa ac expressa parte scripti sunt Heredes : aut omnes sine parte expressa ; aut quidam ex parte expressa, quidam sine parte scripti sunt.

§ 1. *De casu quo omnes Heredes, singuli ex certa ac expressa parte, scripti sunt.*

L. *Hoc casu patet eam partem quemque habere debere quæ sibi assignata est, licet partes sint dispares.*

Nisi tamen postea testator ante peractum testamentum eos exæquaverit ; ut in specie sequenti. Si inæqualibus partibus datis ita adjicitur ; Quos ex disparibus partibus Heredes Institui, Æque heredes sunto : existimandum est exæquari eos ; scilicet si hoc ante peractum testamentum (2) scriptum sit. *l.* 12. Paul. lib. 2. ad Sabin.

LI. *Dicimus singulos heredes eam partem quæ sibi assignata est in hereditate habere debere. Et quidem nulla subesse potest difficultas, quum omnes illæ partes assem efficiunt.*

Quod si partes illæ assem excedant ; aut contra totum non impleant : potest etiam et hoc casu solemnis assis distributio servari ; sed ita ut quantum assi deest, singulis pro rata accrescat ; et vice versa, si testator assem excessit singulis pro rata eatenus decrescat. Hoc est quod ait Ulpianus :

Denique si minus distribuit, potestate Juris in hoc (3) revolvitur ; ut puta si duos Heredes ex quadrante scripserit. Nam hereditas ejus residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti. *l.* 13. § 2. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Sed si alter ex quadrante, alter ex semisse, Heredes scripti sunt ; qui accedit quadrans, pro partibus hereditariis (4) eis accrescit. *d. l.* 13. § 3.

Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, æque pro rata decrescet. Ut puta me ex duodecim unciis Heredem, te ex sex scripsit : ego hereditatis habebo bessem, tu trientem. *d. l.* 13. § 4.

Sed si duos ex asse Heredes scripsit, alios ex duodecim unciis ; an æque distributio fiat, apud Labeonem libro 4 Posteriorum quæritur ? Et putat Labeo, Et illos ex semisse ; et hos qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore. Cui sententiæ assentiendum puto. *d. l.* 13. § 5.

Potest quoque (quod ad idem recidit) hoc utroque casu hereditas dividi, non ut fieri solet, in duodecim partes seu uncias ; sed in plures paucioresve, tot scilicet quot testator assignavit, et quisque ex partibus sibi assignatis heres erit.

Hinc pergit Ulpianus. Sed et si duos (5) ex asse Heredes Instituerit, tertium autem ex dimidia et sexta ; eodem libro Labeo ait : In viginti uncias assem dividendum octo laturum ex dimidia et sexta scriptum ; illos duos, duodecim. *d. l.* 13. § 6.

Apud eumdem refertur : Titius ex parte tertia ; deinde asse expleto, idem ex parte sexta : In quatuordecim uncias hereditatem dividendam Trebatius ait. *d. l.* 13. § 7.

§ 2. *De secundo casu, quo omnes sine partibus expressis scripti sunt.*

LII. *Hoc casu, singuli ex æquis partibus heredes sunt.*

Et vero Heredes, juris successores sunt. Et si plures Instituantur, dividi inter eos a testatore jus oportet : quod si non fiat, omnes æqualiter heredes sunt. *l.* 9. § 12. Ulp. lib. 5. ad Sabin.

Ita autem ex æquis partibus heredes sunt qui

(1) As idem quod *Æs*; quia primi nummi ex ære cusi sunt, et erant Librales ; demum autem post bellum Punicum primum sextantarii asses cudi cœperunt. Plin. *Histor. nat.* XXXIII. 3.

(2) Nam post *peractum testamentum* pars ex qua quisque scriptus est Heres, in totum aut pro parte adimi non potest ; nisi alio testamento quo prius rumpatur. Nec enim codicillis hereditas dari aut adimi potest. Tit. *de Jur. codicill.* infra lib. eoq.

(3) Id est, in Assem duodecim unciis constantem.

(4) Et perinde est ac si alter ex besse, alter ex triente.

(5) Conjunctim.

sine parte sunt scripti; ut, si quidam conjuncti sunt, illi unius vice fungantur.

Hinc in illa specie: Titius heres esto: Seius et Mævius heredes sunto; verum est quod Proculo placet, duos semisses esse quorum alter conjunctim duobus datur. *l.* 59. § 2. Celsus lib. 16. Digest.

§ 3. *De tertio casu, quo quidam ex certis expressisque partibus, quidam sine partibus scripti sunt.*

LIII. *Aut partes expressæ assem non complent, aut complent, aut superant.*

Primo casu; quod assi deest, ei vel eis qui sine parte scripti sunt cedit.

Hinc Ulpianus. Item quod Sabinus ait, Si cui pars apposita non est, excutiamus. Duos ex quadrantibus Heredes scripsit, tertium sine parte: quod assi deest, feret. Hoc et Labeo. *l.* 17. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Item Papinianus. Filiis æquis partibus Institutis, ac postea fratris filio pro duabus unciis, unum assem inter omnes videri factum placuit: et ex eo decem uncias filios accepisse. Tunc enim ex altero asse portionem intelligi relictam, quum asse nominatim dato, vel duodecim unciis distributis, residua portio non invenitur. Nihil autem interest, quo loco sine portione quis Heres Instituatur, quo magis assis residuum accepisse videatur. *l.* 78. § 2. Papin. lib. 6. respons.

LIV. *Secundus casus.* Sed si asse expleto alium sine parte Heredem scripserit, in alium assem veniet. Aliter atque si ita scripsisset expleto asse, Ex reliqua parte heres esto; quoniam quum nihil reliquum est, ex nulla parte Heres Institutus est (1). *sup. d. l.* 17. § 3.

Sed si expleto asse duo sine partibus scribantur; utrum in singulos asses isti duo, an in unum assem conjungantur, quæritur? Et putat Labeo, et verius est, in unum assem venire. Nam (2) et si unus sine parte, duo conjunctim sine parte Instituantur; non tres trientes fieri Celsus libro 16 scripsit, sed duos semisses. *d. l.* 17. § 4.

In his casibus tamen dubium fuit, num qui asse jam completo scribuntur, Instituti haberi debeant; an potius substituti his qui primo loco scripti sunt. Sed obtinuit ut magis (sicut diximus) ipsi in alterum assem instituti viderentur.

Hoc ex Marcello discimus. Ita ille: Lucius-Titius Seïo et Sempronio ex semissibus Heredibus Institutis, et cæteris exheredatis, invicem heredem substituit. Deinde legata et libertates dedit. Postea ita subjecit: Cornelius et Sallustius et Varro æquis partibus heredes sunto, quos invicem substituo: quæro quantum vel priores duo ex semissibus Instituti, vel posteriores habere debeant? Marcellus respondit, In obscuro esse Cornelium et Varronem primo an secundo vel tertio gradu Heredes Instituere voluerit: sed secundum scripturam testamenti quæ proponeretur, alterum assem eis datum videri. *l.* 53. Marcell. lib. 6. sing. respons.

LV. *Tertius casus, quo partes expressæ assem superant.*

Sabinus: Quæsitum est si plus asse paterfamilias distribuisset, et aliquem sine parte fecisset Heredem; utrumne is assem habiturus foret, an id duntaxat quod ex dupondio deesset? Et hanc esse tolerabilissimam sententiam puto; ut eadem ratio in dupondio omnique re deinceps, quæ in asse servetur. Paulus: Eadem ratio est in secundo asse quæ in primo. *l.* 18. Paul. lib. 1. ad Vitellium.

Unde Ex unciis sex Primo Herede Instituto, Secundo ex octo; si Tertius ex residua parte, vel nulla portionis facta mentione, Heres Instituatur; quinque uncias hereditatis Tertius habebit. In viginti quatuor etenim partes hereditate distributa; Tertio ratio calculi (veluti ex decem partibus Instituto) quinque uncias assignavit. *l.* 87. Hermogen. lib. 3. Juris epitomar.

Quod si quis dupondium distribuit, et Tertium sine parte Instituit; hic non in alium assem (3), sed in trientem venit: ut Labeo quarto Posteriorum scripsit. Nec Aristo vel Aulus (4), utpote probabile, notant (5). *l.* 17. § *fin.* Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Ut autem ea quæ diximus, obtineant; Quo loco scribatur Heres sine parte, utrum primo an medio vel novissimo, nil interest. *l.* 20. Paul. lib. 2. ad Sabin.

Item alibi. Nihil autem interest quo loco sine portione quis Heres Instituatur; quo magis assis residuum accepisse videatur. *l.* 78. § 2. Papin. lib. 6. respons.

LVI. *Observandum superest quod, ut intelligatur an partes expressæ assem compleant necne, an superent, etiam portiones illis qui inutiliter Heredes scripti sunt ascriptæ computantur. V. G.* Si jam mortuo quadrans, alii dodrans datus sit: Labeo ait, Eum qui sine parte Heres Institutus sit alterum assem habiturum, et hanc mentem esse testantis. Quod et Julianus probat, et verum est. *d. l.* 20. § 1.

(1) Ita quidem quum testator assem explevit tantum. Secus si excessisset: tunc enim is qui *Ex reliqua* parte scriptus est, videretur scriptus ex illa parte quæ dupondio deest: l. 87. infra N. seq.

(2) Dices: Numquid isti duo qui sine parte scripti sunt, pro conjunctis haberi possunt; ut, respectu ejus qui ex priori asse scriptus est, ambo unius vice fungantur; unicumque alterum assem ambo ferant, non singuli singulos asses? Quomodo enim conjuncti in parte intelligi possunt, qui sine parte scripti sunt? Ad hanc objectionem respondet eos qui sine parte scripta sunt, conjunctos intelligi posse; et probat auctoritate Celsi: *Nam et si, etc.* Cæterum etsi quodammodo conjuncti intelligantur; ut non singulis singuli asses, sed omnibus unicus alter assis assignatus videatur; non tamen quoad cætera (puta, quoad jus accrescendi) conjuncti videntur, ut videb. infra N. 62.

(3) Dupondium.

(4) Aulus-Cascellius, de quo in Præfat. Part. 2. cap. 1. N. XVII.

(5) Id est, Non arguunt istam sententiam.

Suffragatur Africanus. Quidam testamento ita Heredes Instituit : « TITIA FILIA MEA HERES ESTO. » Si quid mihi liberorum me vivo mortuove nascetur, tunc qui virilis sexus unus pluresve nascentur, ex parte dimidia et quarta ; qui feminini sexus una pluresve natæ erunt, ex parte quarta mihi heres sit ». Posthumus ei natus est : consulebatur quota ex parte posthumus heres esset? Respondit, Eam hereditatem in septem partes distribuendam ; ex his filiam quatuor, posthumum tres habituros : quia filiæ totus as (1), posthumo dodrans, datus est ; ut quarta portione amplius filia quam posthumus ferre debeat. Ideo si posthuma quoque nata esset, tantumdem sola filia quantum uterque posthumorum habituri essent. Itaque in proposito cum as filiæ, dodrans posthumo sit datus ; viginti-unam (2) partes fieri, ut filia duodecim, novem filius habeat. *l.* 47. § 1. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

§ 4. *Quando quis ex certa ac expressa parte scriptus Heres videatur.*

LVII. *Pars certa et expressa assignata videtur, etiam illa quæ ex aliqua relatione certa est.*

Hinc Si quis ita Heredem Instituerit : TITIUS qua ex parte mihi socius est in vectigali Salinarum, pro ea parte mihi Heres esto : quidam putant, si asse descripto id adjectum sit, ut maxime (3) socius fuerit Titius, non esse heredem : sed si qua pars vacua relicta fuerit, ex ea heredem esse. Quod totum et ineptum et vitiosum est. Quid enim vetat asse descripto, utiliter Titium (ex parte forte quarta ex qua socius erat) Heredem Institutum esse? *l.* 59. § 1. CELSUS LIB. 16. DIGEST.

Item in hac specie, Lucio-Titio ex duabus partibus, Publio-Mævio ex quadrante scriptis Heredibus ; assem in dodrantem esse divisum respondi ; modum enim (4) duarum partium ex quadrante declarari, Quod (5) Veteres nummis Titio Legatis, nummorum specie non demonstrata, cæterorum legatorum contemplatione receperunt. *l.* 78. § 1. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

LVIII. PARS *aliam interpretationem recipit in specie sequenti.*

In testamento ita scriptum est : LUCIUS-TITIUS » ex duabus unciis ; Gaius-Attius ex parte una, » Mævius ex parte una, Seïus ex partibus duabus » Heredes mihi sunto ». Consulebatur quid Juris esset? Respondit, Hanc scripturam, illam interpretationem accipere posse ut Lucius-Titius duas uncias habeat ; cæteri autem quasi sine partibus Instituti ex reliquo dextante Heredes sint. Quem dextantem ita dividi oportet ut Seïus quincuncem, Attius et Mævius alterum quincuncem habeant. *l.* 47. § *fin.* AFRIC. LIB. 4. QUÆST.

LIX. *In specie sequenti ; ex collatione plurium quæ testator expressit, partes certæ statutæ intelliguntur.*

Clemens-Patronus testamento caverat ut, si sibi filius natus fuisset, heres esset ; si duo filii, ex æquis partibus heredes essent ; si duæ filiæ, similiter ; si filius et filia, filio duas partes, filiæ tertiam dederat. Duobus filiis et filia natis, quærebatur quemadmodum in proposita specie partes faciemus ; cum filii debeant pares esse, vel etiam singuli duplo plus quam soror accipere? Quinque igitur partes fieri oportet ; ut ex his binas masculi, unam femina accipiat. *l.* 81. PAUL. LIB. 9. QUÆSTION.

LX. *In specie sequenti dubium fuit an partes expressæ intelligerentur ; et placuit non intelligi.*

Si quis Heredes ita Instituit : « TITIUS ex parte » prima, Seïus ex parte secunda, Mævius ex parte » tertia, Sulpicius ex parte quarta Heredes sunto » : æquæ partes hereditatis ad Institutos pertinebunt, quia testator appellatione numeri, scripturæ magis ordinem quam modum partibus imposuisse videtur. *l.* 14. JAVOLEN. LIB. 1. EX CASSIO.

ARTICULUS III.

De Jure accrescendi.

LXI. *Quum plures Heredes scripti sunt ; si quis ex illis deficiat, portio ejus non legitimis heredibus defertur, ne quis videatur partim testatus, partim intestatus decedere : sed cæteris qui ex testamento heredes existunt, accrescit.*

Hinc Tryphoninus. Quid autem si filium post testamentum natum ex besse, filiam autem post testamentum natam ex triente scripsit Heredem ; nec ullum coheredem dedit, nec substituit invicem alium? Unus natus, solus ex testamento fit heres. *l.* 28. § *fin. ff. de Liber. et posth.* LIB. 20. DISPUT.

Et quidem Jure antiquo non intererat, quomodo deficeret portio ejus Heredis scripti qui ad hereditatem non veniebat ; semperque ejus portio cæteris scriptis Heredibus accrescebat. Verum Jure novo quod introduxerunt Leges Caducariæ JULIA *et* PAPIA, *interest quomodo deficiat. Nam si ille heres ante apertas tabulas post mortem testatoris decesserat ; portio caduca fiebat ; si vivo testatore decederet, erat in causa caduci : et utroque casu portio ejus coheredibus non accrescebat, sed fisco cedebat ;*

(1) Computatur igitur quadrans posthumæ quæ non nata est assignatus, ita ut asse completo filia in alterum assem scripta videatur.

(2) Quæ partes viginti et una recidunt ad partes septem, quarum filiam quatuor, posthumum tres habituros dictum est.

(3) Id est, quamvis, etiamsi.

(4) *Ex quadrante* scilicet qui Mævio assignatus est, declaratur duas partes Titio assignatas, esse quoque duos quadrantes. Totus as igitur hereditatis dividitur in dodrantem, id est in tres quadrantes.

(5) Id est, quam decisionem Veteres receperunt, ut dicerent ; nummis Titio legatis nummorum specie non demonstrata, eorum speciem ex cæterorum legatorum comparatione declarari.

nisi coheredes essent ex liberis aut parentibus defuncti usque ad tertium gradum, quibus jus antiquum servabatur (1). *Quod si ab initio inutiliter scriptus fuisset, aut natus non fuisset, locus erat juri accrescendi; cui etiam locum fuisse censeo, si post apertas tabulas delata jam hereditate, dum deliberat decessisset, aut etiam repudiasset. Cum autem Justinianus jus* Caducorum *abrogaverit; hodie indistincte portio deficientis coheredibus accrescit. Vid. Tit. Cod.* de Caduc. toll. *et infra ad Titulos* de Legatis, *Part. 5. ubi hæc fusius tractabimus.*

LXII. *In hoc jure accrescendi si quis cum eo qui deficit in parte conjunctus erat, cæteris heredibus præfertur.*

Hinc Paulus: Quod si vivus et mortuus ex parte dimidia conjunctim Heredes instituti sunt, ex altera alius; æquas partes eos habituros ait, quia mortui pars pro non scripta habetur. *l.* 20. § 2. PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

Ubi autem nemo cum deficiente conjunctus est, omnes coheredes admittentur.

Unde Celsus. Quum quis ex Institutis qui non cum aliquo conjunctim Institutus sit, heres non est; pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis accrescit, Neque refert primo loco quis Institutus an alicui substitutus (2) heres sit. *l.* 59. § 3. CELSUS LIB. 16. DIGEST.

Et quum plures sine parte Instituti sunt, quidam ex certis partibus: qui sine parte scripti sunt, non ideo videntur quoad jus accrescendi invicem conjuncti; nec vice versa.

Unde (*Labeo*) tractat: Si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his qui sine parte fuerunt repudiaverit; utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat. Sed Servius, omnibus accrescere ait: quam sententiam veriorem puto. Nam quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti qui sine parte Instituuntur. Quod et Celsus libro 16 Digestorum probat. *l.* 17. § 1. ULP. LIB. 7. AD SABIN.

Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte Heredes scripserit, nec hos neque illos (3) conjunctos. *d. l.* 17. § 2.

Similiter Javolenus. Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest; quod si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes sed ad reliquos qui conjuncti erant pertinet: sin autem ex separatis, ad omnes qui testamento eodem (4) scripti sunt Heredes portio ejus pertinet. *l.* 63. JAVOLEN. LIB. 1. EX CASSIO.

LXIII. *Jam observandum est, portiones deficientes magis accrescere coheredum portionibus quam ipsis coheredum personis.*

Hinc 1.° *coheredum quibus pars deficientis accrescit, scientia non requiritur. V. G.* Heredi cum posthumo Instituto reliquæ partes accrescunt quæ posthumo datæ sunt; si certum sit non esse prægnantem, licet heres ignoret. *l.* 31. *ff. de Acquir. vel omitt. hered.* PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

Imo et invitis accrescit. Hinc Gaius: Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit; id est, tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt. *l.* 53. § 1. *ff. de Acq. vel omitt. hered.* GAIUS LIB. 14. AD LEG. JUL. ET PAP.

Hinc 2.° *etiam heredi coheredis qui adivit hereditatem pars deficientis accrescit; et quidem invito, ut in specie sequenti.*

Si Attius Titium et Mævium et Seium æquis partibus Heredes Instituit; Titius interim solus adiit hereditatem, et Seium Heredem Instituit: poterit Seius Titii adire hereditatem, Attii vel adire vel omittere. Sed Attio antequam adeat vel omittat ejus hereditatem, ex semisse (5) heres erit. Si adierit Seius Attii hereditatem, Titius ex triente duntaxat heres erit; et per hereditatem Titii triens duntaxat ad Seium perveniet, alterum trientem ex sua Institutione (6) habebit. Quid ergo si ab Attio Titius et Seius (7) Heredes Instituti sunt, Titius adierit hereditatem, Titio Seius heres extiterit? Potestne Attii hereditatem omittere? An necessario ei ex asse heres est? Quippe (8) cum alius nemo Heres Institutus est, quam is ipse qui ex aliqua parte jam heres est; perinde est quasi unus Heres per Titium Institutus (9) sit. *l.* 59. § *fin.* CELSUS LIB. 16. DIGEST.

Cum portio portioni accrescat; hinc 3.° Si totam hereditatem [a] aut partem ex qua quis Heres Institutus est, tacite rogatus sit restituere (10); apparet nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere (11). *l.* 83. *ff. de Acquir. vel omitt. hered.* ULP. LIB. 18. AD LEG. JUL. ET PAP.

(1) Plures Eruditi, inter quos et Heineccius, etiam cuivis coheredi qui sobolem haberet, jus accrescendi servatum censent. De qua re vid. quæ notavimus infra ad Tit. *de Legatis* Part. 5.

(2) Ergo in jure accrescendi, substitutus utitur jure quod habuisset Institutus cui substitutus est.

(3) Nec hos qui sine parte, nec illos qui in priori asse completo partes expressas habent, ob id solum intelligi inter se conjunctos.

(4) Non ergo ad eos duntaxat qui sine partibus scripti sunt.

(5) Quia jam ex persona Titii trientem habet. Si autem repudiet trientem ex quo ipse scriptus est; hic triens repudiatus, trienti quem ex persona Titii jam habet, pro dimidia accrescet: Triens autem et dimidia trientis, faciunt semissem.

(6) Etsi non adiret, semissem haberet; si adeat, duos trientes habebit.

(7) Mutat speciem; et supponit solos Titium et Seium Heredes scriptos.

(8) Ita certe *Quippe cum*, etc.

(9) Portio enim quam ex sua persona Seius omitteret, accrescit portioni quam habet ex persona Titii qui adivit, et cui ipse Heres extitit.

[a] *Florent.* Si totam ao partem.

(10) Incapaci scilicet.

(11) Cum ei fiscus auferre debeat. Non igitur ei accrescet, sed fisco.

TITULUS VI.

DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

I. Heredes aut Instituti dicuntur, aut Substituti, Instituti primo gradu; Substituti secundo vel tertio. *l.* 1. Modest. lib. 2. Pandect.

Jure Pandectarum duplex Substitutionis (1) *species*, Vulgaris *scilicet et* Pupillaris.

II. Vulgaris *Substitutio est secundo aut ulteriori gradu facta institutio; scilicet quum quis*, Si alter heres non erit, *in ejus locum heres scribitur.*

Gradus *non ex ordine scripturæ, sed ex ordine quo quis pluribus hereditatem suam deferri voluit, intelligitur.*

Hinc Si quis ita institutus sit, Titius heres esto, si Secundus heres non erit; deinde, Secundus heres esto: placet primo gradu Secundum esse institutum. *l.* 28. *ff. de Heredib. instit.* Ulp. lib. 5. ad Sabin.

Hinc Hæc verba: Publius, Marcus, Gaius, invicem Substituti, heredes mihi sunto; sic interpretanda sunt, ut breviter videatur testator tres instituisse heredes, et invicem eos Substituisse; perinde ac si ita scripsisset, Ille et ille et ille instituti heredes et Substituti sunto. *l.* 37. § 1. *ff. de Heredib. instit.* Jul. lib. 29. digest.

III. *Unum obiter hic quærendum. Nimirum* Ut heredibus Substitui potest, ita etiam legatariis videamus an idem fieri possit? et quum mortis causa donabitur, ut id promittat ille alteri si ipse capere non poterit? Quod magis est; quia in posterioris quoque persona donatio conferetur. *l.* 50. *ff. de Legatis* 2.° Marcell. lib. 28. digest.

De hac legatariorum et donatariorum Mortis causa *Substitutione, id notasse sufficiat. In hoc enim Titulo duntaxat agitur de Substitutionibus heredum.*

IV. Pupillaris *Substitutio ea est qua pater liberis quos in potestate habet*, Si intra pubertatem decesserint, *scribit heredem.*

Descendit hæc Substitutio ex interpretatione Legis XII Tabularum. Aiebat Lex: Uti paterfamilias super familia pecuniave sui SUÆ legassit. *Suis autem rebus Romani liberos suos annumerabant, quos tanquam res mancipi in dominio Juris Quiritium haberent. Inde collegerunt Prudentes, posse patres de pecunia seu de hereditate liberorum suorum tanquam de re sua testari; sic tamen ut illud testamentum quod de hereditate liberorum suorum facerent, ita valeret, si illi liberi ante decederent quam ipsi sibi testamentum facere possent, id est ante pubertatem: nec enim illis morte patris patribusfamilias factis hæc facultas auferenda est, quum jam per ætatem eam habere possunt.*

V. *Substitutio aliquando duplicem utriusque Substitutionis*, Vulgaris *scilicet et* Pupillaris *casum complectitur; aliquando alterutrius duntaxat casum continet.*

Hinc Heredis Substitutio Duplex est, aut Simplex. Veluti; Lucius-Titius heres esto: Si mihi Lucius-Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto (2): si heres non erit, Sive erit et intra pubertatem decesserit (3), tunc Gaius-Seius heres mihi esto. *l.* 1. § 1. Modestin. lib. 2. Pandect.

Aliquando etiam Triplex *est Substitutio. Nam præter Vulgarem et Pupillarem, potest continere* Fideicommisariam; *ut scilicet, si filius cui Substituitur post pubertatem decesserit, hereditas Substituto jure fideicommissi restituatur.*

VI. *Tertia est Jure Justinianeo directæ Substitutionis species* (4); *qua parentes liberis mente captis* Si antequam resipuerint decesserint, *aliquem scribunt heredem: quæ Substitutio* Exemplaris *dicta est, quia ad exemplum pupillaris Substitutionis introducta.*

His breviter præmissis; jam fusius de singulis Substitutionum speciebus, Vulgari, Pupillari, et Exemplari, singulis Sectionibus tractabimus.

SECTIO I.

De Vulgari Substitutione.

Circa Vulgarem Substitutionem quærenus: 1.° *De hujus natura;* 2.° *De variis Substitutionis Vulgaris divisionibus;* 3.° *Qui Substitui Vulgariter possunt;* 4.° *De effectu Substitutionis Vulgaris;* 5.° *Quando illa deficiat.*

(1) *Directæ*: nam de hac sola agimus. De fideicommissariis substitutionibus agitur infra lib. 36. Tit. *Ad SC. Trebellian.*

(2) Hucusque simplex.

(3) Hic est duplex.

(4) Jam ante Justinianum moribus introducta fuerat, sed ita ut ex permissu demum Principis fieri posset.

ARTICULUS I.

De natura Substitutionis Vulgaris.

VII. *Ex definitione Substitutionis vulgaris quam modo supra retulimus; liquet hanc esse hujus naturam, ut quis in locum alterius heredis scripti qui heres non foret, scribatur heres.*

Cum autem non possit quis per rerum naturam in locum alicujus heredis suffectus intelligi, nisi pro ea parte ex qua ille scriptus fuerat heres : hinc sequitur quod, si quis ex majori parte scribatur heres quam ex qua alter scriptus est, quamvis in eum casum scribatur quo alter heres non erit; tamen pro eo quod plus est, Substitutio Vulgaris non sit, sed conditionalis primo gradu facta institutio.

Hoc videre est in speciebus sequentibus.

1.° Si quis Primum ex triente, Secundum ex triente heredem instituerit; et, SI SECUNDUS HERES NON ERIT, Tertium ex besse heredem scribat : hic Secundo repudiante bessem habebit, non solum jure Substitutionis sed et institutionis; id est trientem jure Substitutionis, trientem jure institutionis. *l.* 9. § 15. *ff. de Hered instit.* ULP. LIB. 5. AD SABIN.

2.° Idem *etiam Julianus* [eodem libro] scripsit : Si Primus ex semisse, Secundus ex semisse, SI PRIMUS HERES NON ERIT, Tertius ex dodrante Substitutus sit; facti quidem quæstionem (1) esse. Verum recte dicitur; si quidem Primus adierit, æquales partes habituros (2); si repudiaverit, quindecim partes futuras ex quibus novem quidem laturum Tertium, sex Secundum. *l.* 15. § 1. *ff. de Hered. instit.* ULPIAN. LIB. 7. AD SABIN.

Nam tertium et instituti et Substituti personam sustinere, in tres partes institutum videri, in sex Substitutum. *l.* 16. *d. tit.* JUL. LIB. 30. DIGEST.

ARTICULUS II.

De variis Substitutionis Vulgaris divisionibus.

Innumeras Substitutionum divisiones invenerunt Interpretes, quas omnes enumerare nostri non est instituti. Eas tantum prosequemur quæ ad exponendos juxta nostram methodum hujusce Tituli textus necessariæ visæ sunt.

§ 1. *Prima divisio; in* Expressas *et* Tacitas.

VIII. *Quæ sit* Expressa *Vulgaris Substitutio, facile patet.*

Tacitæ autem Substitutionis exemplum affert Celsus.

Titius et Seius, UTERVE EORUM VIVET, heres mihi esto : existimo si uterque vivat, ambos heredes esse; altero mortuo, eum qui supererit ex asse (3) heredem fore. *l.* 24. *ff. de Heredib. instit.* CELSUS LIB. 16. DIGEST.

Quia tacita Substitutio inesse videatur institutioni. *l.* 25. *d. tit.* ULP. LIB. 6. REGUL.

Idque et in legato eodem modo relicto Senatus censuit. *l.* 26. *d. tit.* CELSUS LIB. 16. DIGEST.

Alterum Tacitæ substitutionis exemplum est quod is qui Substituto Substitutus est, intelligatur tacite et instituto Substitutus; si primo gradu substitutus ei non successerit.

Si intellige quod ait Julianus. Si Titius coheredi suo Substitutus fuerit, deinde ei (4) Sempronius; verius puto in utramque (5) partem Sempronium Substitutum esse. *l.* 27. JULIAN. LIB. 30. DIGEST.

Hoc evidentius declarat Papinianus. Ita ille : Coheredi Substitutus (6) priusquam hereditatem adiret, aut conditio Substitutionis existeret, vita decessit. Ad Substitutum ejus (7), sive ante Substitutionem (8) sive postea Substitutus sit, utraque portio pertinebit. Nec intererit prior (9) Substitutus post institutum, an ante decedat. *l.* 41. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Inde conflatur hæc Regula : SUBSTITUTUS *substituto, tacite censetur substitutus instituto.*

Et hoc quidem maxime attinebat quærere Jure Pandectarum, quo vigebant leges Caducariæ. Nam nisi alter alteri Substitutus fuisset; pars deficiens, ut caduca, aut in causa caduci, a fisco fuisset vindicata. At Substitutio jus caducorum excludit. Vide circa hoc jus caducorum, infra ad Tit. de Legatis *Part.* 5.

Hodie hæc Regula ad id tantum prodest ut jus Accrescendi *excludat. Vid. infra Art.* 4.

§ 2. *Secunda Vulgarium Substitionum divisio; in* Nominatim factas, Reciprocas, et Breviloquas.

IX. *Substitutiones Vulgares, quædam* Nominatim

(1) Omnes quæstiones circa partes quas inter se scripti heredes habere debent, sunt *Facti;* cum id pendeat ex voluntate testatoris.

(2) Primum et secundum scilicet. Tertius autem nihil habebit, cum conditio sub qua scriptus est defecerit.

(3) Scilicet dimidiam habebit ex sua institutione, alteram dimidiam ex tacita Substitutione qua alteri Substitutus intelligitur : quæ Substitutio colligitur ex his verbis, *Uterve eorum vivet.* Citra hanc Substitutionem, pars præmortui ex caducariis legibus Ærario cessisset tempore Celsi. *Ærario* inquam; demum enim sub Caracalla *Fiscus* caduca sibi vindicavit.

(4) Titio.

(5) Tam in partem Titii, quam in partem coheredis Titii. Ex eo enim quod substitutus est substituto (scilicet Titio qui coheredi suo substitutus est), intelligitur et ipse tacite substitutus instituto, id est huic coheredi Titii.

(6) Finge : Titius et Caius Heredes Instituti sunt, Titius Caio coheredi suo substitutus, Sempronius substitus Titio. Titius antequam pars Caii ipsi ex substitutione deferretur, mortuus est; Caius etiam antequam adiret, mortuus est. Deferetur utraque pars tam Caii quam Titii Sempronio : nam Sempronius cum Substitutus fuerit Substituto Caii, scilicet Titio; intelligitur tacite quoque Substitutus Caio instituto.

(7) Sempronium.

(8) Sive Sempronius Substitutus fuerit Titio antequam Titius ipse fuisset Substitutus Caio, sive postea.

(9) Titius decedat post Caium an ante.

fiunt, scilicet quum heredibus scriptis aliæ personæ nominatim Substituuntur.

Earum autem quæ non nominatim fiunt, alias Doctoribus vocari placuit Reciprocas; *quibus nimirum heredes scripti sibi invicem substituuntur generaliter his verbis :* Eosque invicem substituo. *Quod si generalius adhuc concipiantur, ita ut alicui ex heredibus generaliter* Quisquis Heres erit *Substituatur, tunc Substitutio* Breviloqua *appellatur.*

Circa Substitutiones autem reciprocas et breviloquas, quæritur qui ad has vocati intelligi debeant. Quocirca hæ regulæ tenendæ sunt.

Prima Regula :

Ad Substitutionem *sive Reciprocam sive Breviloquam vocati intelliguntur qui defuncto ipsi heredes extiterunt.*

X. *Corollarium : Ergo non heredis heres. Hinc* Qui plures heredes instituit, ita scripsit : Eosque omnes invicem Substituo. Post aditam a quibusdam ex his hereditatem, uno eorum (1) defuncto, si conditio Substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante; ad superstites tota portio pertinebit (2); quoniam invicem in omnem causam (3) singuli Substituti videbuntur. Ubi enim quis heredes instituit, et ita scribit Eosque invicem Substituo; hi Substitui videbuntur qui heredes extiterunt (4). *l.* 23. Papinian. lib. 6. respons.

Similiter Paulus respondit : Si omnes instituti heredes omnibus invicem Substituti essent; ejus portionem qui, quibusdam defunctis, postea portionem suam repudiavit, ad eum solum qui eo tempore supervixit ex Substitutione pertinere. *l.* 45. § 1. Paul. lib. 12. respons.

Secunda Regula :

In generali *heredum Reciproca Substitutione, non continentur illi ex heredibus, quos specialiter testator invicem Substituit.*

Hoc videre est in sequenti specie. Qui patrem et filium pro parte heredes instituerat et invicem substituerat reliquis coheredibus datis, post completum assem ita scripsit : Hos omnes invicem Substituo. Voluntatis fit quæstio : commemoratione Omnium, patrem et filium Substitutioni coheredum miscuisset, an eam scripturam ad cæteros omnes transtulisset? Quod magis verisimile videtur, propter specialem inter patrem et filium Substitutionem. *l.* 41. § 5. Papin. lib. 6. respons.

Tertia Regula.

In Substitutione *reciproca, si ex pluribus heredibus alii conjunctim instituti sunt heredes, alii disjunctim; præferuntur in Substitutione qui conjunctim cum deficiente scripti sunt, iis qui disjunctim scripti sunt.*

Hoc adhuc docet Papinianus : Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit Quos Heredes meos invicem Substituo; conjunctos primo loco vice mutua Substituere videtur. Quibus institutionum partes non agnoscentibus, cæteros omnes coheredes admitti. *d. l.* 41. § 4.

XI. *Vidimus qui ad Substitutiones reciprocas et breviloquas admittantur. Pro quibus autem portionibus?*

Circa hanc quæstionem ita rescribit M. Ælius Antoninus : Quum heredes ex disparibus partibus instituti, et invicem Substituti sunt; nec in Substitutione facta est ullarum partium mentio : verum est non alias partes testatorem Substitutioni tacite inseruisse, quam quæ manifeste in institutione expressæ sunt. *l.* 1. *Cod. de Impub. et aliis substit.*

Consonat Ulpianus. Si plures sint instituti ex diversis partibus, et omnes invicem Substituti plerumque credendum, et ex iisdem partibus Substitutos ex quibus instituti sunt. Ut si forte unus ex uncia, secundus ex octo, tertius ex quadrante sit institutus; repudiante tertio, in novem partes dividatur quadrans; feratque octo partes qui ex besse institutus fuerat unam partem qui ex uncia scriptus est. Nisi forte alia mens fuerit testatoris; quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum. *l.* 24. Ulp. lib. 4. disput.

Accuratius adhuc Gaius : Si in testamento heredes scripti ita alicui Substituti fuerint, ut, si is heres non esset, Quisquis sibi heres esset is in parte quoque deficientis esset heres : pro qua parte quisque heres extitisset, pro ea parte eum in portionem quoque deficientis vocari placet. Neque interesse jure institutionis quisque ex majori parte heres factus esset, an quod per legem alteram (5) alicujus partem vindicasset. *l.* 5. Gaius lib. 3. ad Leg. Jul. et Papiam.

Similiter Papinianus : Ex his verbis Eosque invicem Substituo; non adeuntis portio, scriptis heredibus pro modo sibi vel alii (6) quæsitæ portionis defertur. *l.* 41. § 1. Papin. lib. 6. respons.

(1) *Eorum* qui adierunt.

(2) Species legis est : quatuor heredes instituti sunt, et invicem Substituti. Primus, secundus, et tertius adierunt : et tertius post aditam hereditatem decessit : deinde Quartus repudiavit. Respondet Papinianus partem repudiantis, solis primo et secundo, non etiam heredi tertii ex substitutione competere.

(3) Id est, in omnem portionem repudiantis, sine ulla diminutione et sine ullo concursu alterius qui ipso directo heres testatori non extiterit.

(4) Ex his autem supersunt duntaxat Primus et Secundus. Tertius qui decessit, priusquam ex Substitutione quæ Quarto Substitutus est jus ipsi quæreretur, imo priusquam deferretur, nihil potuit ad heredes suos ex Substitutione transmittere. Hereditas enim non transfertur nisi quæsita : sola spes hereditatis non transmittitur.

(5) *Per legem* accrescendi, partem ejus qui cum conjunctus erat habuisset.

(6) *Pro modo portionis* quam aut sibi, aut ei in cujus potestate est, quæsivit.

XII. *Quid autem si in hac Substitutione extraneus heredibus mixtus sit?*

De hoc casu ita Julianus. Qui, quum plures heredes ex disparibus partibus instituerat, et in his Attium; si Attius non adierit, cætero ex iisdem partibus quibus instituerat heredes, Substituerat; deinde, si Attius non adiisset, Titium coheredem eis qui Substituti sunt, adjecit. Quæsitum est quam partem is, et quam cæteri habituri essent? Respondi, Titium virilem, cæteros hereditarias: veluti, si tres fuissent, Titium partem quartam Attianæ partis habiturum; reliquarum partium hereditarias partes ex quibus instituti erant, reliquos habituros esse. Quod si non solum Titium, sed etiam alios adjecisset heredes; hos quidem viriles partes habituros: veluti si tres (puta) coheredes fuissent Substituti, extranei duo adjecti (1); hos quintas partes Attianæ partis, reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros esse dixit. *l.* 32. Julian. lib. 1. ad Urseium-Ferocem.

§ 3. *Tertia et quarta divisio.*

XIII. *Tertia Substitutionum Vulgarium divisio est in* Graduales et Simplices.

Simplex *dicitur Substitutio quum unus tantum Substitutionis gradus factus est* (2): Gradualis, *quum plures.*

Enimvero Potest quis in testamento plures gradus heredum facere: puta; Si ille heres non erit, ille heres esto, et deinceps plures; ut novissimo loco in subsidium, vel servum necessarium heredem instituat. *l.* 36. Marcian. lib. 4. institut.

XIV. *Quarta etiam in Vulgaribus Substitutionibus varietas notari potest. Nimirum* Et vel plures in unius locum possunt Substitui, vel unus in plurium, vel singulis singuli, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt. *d. l.* 36. § 1.

ARTICULUS III.

Qui Substitui Vulgariter possint.

XV. *Substitui Vulgariter possunt omnes quos supra* (*Tit.* de Hered. instituend.) *vidimus institui posse.*

Quinetiam ipse qui institutus est, sibimet ipse Substitui potest; si melior sit causa Substitutionis quam institutionis, puta minus gravetur.

Cæterum Nemo institutus et sibi Substitutus, sine causæ mutatione quicquam proficit. Sed hoc in uno gradu (3); cæterum si duo sint gradus, potest dici valere Substitutionem. Ut Julianus libro 30 Digestorum putat; Si quidem sic sit Substitutus sibi (quum haberet coheredem Titium) Si Stichus (4) heres non erit; liber et heres esto, non valere Substitutionem (5): quod si ita, Si Titius (6) heres non erit, tunc Stichus liber et heres et in ejus partem esto; duos gradus esse, atque ideo repudiante Titio Stichum liberum et heredem fore. *l.* 10. *§ fin.* Ulpian. lib. 4. ad Sabin.

Hæc eadem species etiam a Scævola refertur. « Titius heres esto: Stichum Mævio do lego. Stichus heres esto: si Stichus heres non erit, Stichus liber heresque esto ». In hac quæstione imprimis quærendum est, utrum unus gradus sit, an duo; et an causa mutata sit Substitutionis, an eadem permaneat? Et quidem in plerisque quæritur, an ipse sibi Substitui possit? Et respondetur causa institutionis mutata, Substitui posse. Igitur si Titius heres scriptus sit; Substitutio nullius momenti erit. Sed si sub conditione quis heres scriptus sit, pure autem Substitutus est; causa immutatur: quoniam potest ex institutione defici conditio, et Substitutio aliquid afferre: sed si extiterit conditio, duæ puræ sunt; et ideo nullius momenti erit Substitutio. Contra si pure quis instituatur, deinde sub conditione sibi Substituatur; nihil facit Substitutio

(1) Finge. Attius fuit institutus ex dextante, Seius ex uncia; Titius et Caius singuli ex semuncia. Attio Substituti sunt coheredes ejus, et duo extranei. In dextante Attii, extranei singuli quintas partes, id est singuli duas uncias ferent: sex reliquæ unciæ inter coheredes ita dividentur: ut Seius qui ex uncia institutus est solus tres uncias ferat; Titius et Caius qui ex semuncia instituti sunt, singuli sescunciam habeant (*une once et demie.*).

(2) Alio sensu vidimus supra (N. 5.) Substitutionem dici *Simplicem* quæ unam duntaxat Substitutionis speciem continet V. G. Vulgarem: *Duplex* autem dicitur, quæ duas simul species complectitur, Pupillarem V. G. Cum vulgari. Hic autem *simplex*, non duplici, sed *Graduali* opponitur.

(3) Id est: ita demum nihil proficis, si Substitutio ejus qui sibimetipse Substituitur, unum gradum duntaxat facit; quum scilicet ex Substitutione sine causæ mutatione facta sibimetipsi duntaxat et in partem quæ ex institutione ipsi defertur, Substituitur. Duos autem gradus habet: quum is qui sibimetipse Substituitur, coheredi quem habet, effectu Substitutus invenitur: ut liquet ex exemplis sequentibus.

(4) Species hic manca refertur. Sic pone illam ex lege sequenti ubi fusius refertur: *Titius heres esto, Stichum Mævio lego. Stichus heres esto: si Stichus heres non erit, Stichus liber et heres esto.* Si adeat Titius; sed prævalente libertate quæ Sticho relicta est, non possit valere legatum Stichi Mævio relictum; adeoque hereditas per Stichum legatario quæri non possit: Stichus quidem liber erit et heres; sed quasi ex institutione, non ex substitutione quæ nulla est, cum unus tantum gradus institutionis in hac specie inveniatur.

(5) Id est (ut diximus) Stichum non fore heredem quasi ex Substitutione, sed quasi ex institutione.

(6) Non quod ita scriptum sit; sed quod id quod scriptum est, ad hoc idem recidat. Enimvero retineatur eadem species quæ supra in Nota (4); et finge Titium repudiasse hereditatem, et sic defecisse legatum Stichi Mævio relictum; hereditatemque non potuisse consequenter per Stichum Mævio quæri. Stichus liber et heres esse jussus, hoc casu erit heres ex Substitutione; Substitutioque valebit, duos enim gradus habet. Perinde est enim ac si dixisset testator: *si Titius heres non erit, Stichus et in Titii parte heres esto.*

conditionalis: nec mutata intelligetur, quippe enm (etsi extiterit conditio) duæ præsunt institutiones. Secundum hæc, proposita quæstio manifestatur: « Titius heres esto, Stichum Mævio do lego: » Stichus heres esto: si Stichus heres non erit, » Stichus liber heresque esto ». Nos didicimus, quoniam eodem testamento et legatus sit Stichus, et libertatem accepit, prævalere libertatem; et, si prævalet libertas, non deberi legatum, et ideo jussu legatarii non posse adire hereditatem; ac per hoc verum esse, Stichum heredem non esse; et ex sequentibus verbis libertatem illi competere (1), eum unus gradus videtur. Quid ergo si non adierit Titius? Incipiet Substitutione Stichus liber et heres esse (2). Porro Quamdiu non adit jussu legatarii, nec ex causa legati intelligitur legatarii esse effectus; et ideo certum est illum heredem non esse. Ac per hoc ex his verbis, Si heres non erit, Stichus liber heresque esto, liber et heres existet. Hoc autem quod scimus, Julianus quoque in libris suis probat. *l. fin.* § 1. Scævola lib. sing. quæstionum publice tractatarum.

ARTICULUS IV.

De effectu Substitutionis Vulgaris.

Quacumque ratione is cui quis Substitutus est, non extiterit heres; in ejus locum Substitutus admittitur: puta si primo gradu institutus, aut præmortuus ante testatorem fuerit, aut dum deliberaret, vel repudiaverit.

Hinc Substitutus et caduca et jus accrescendi excludit.

Hoc de jure accrescendi docet Ulpianus. Si duo sint heredes instituti, primus et Secundus, Secundo Tertius Substitutus; omittente Secundo Bonorum possessionem, Tertius succedit (3). Quod si Tertius noluerit hereditatem adire vel Bonorum possessionem accipere, recidit Bonorum possessio ad Primum. *l.* 2. § 8. *ff. de Bon. possess. sec. tab.* Ulp. lib. 41. ad Ed.

Jus Substitutionis prævalere juri accrescendi colligitur etiam ex eo quod definit Scævola in quæstione sequenti.

Servum communem habemus; hic heres scriptus est: et Si heres non sit, Mævius illi Substitutus est: alterius jussu dominorum adiit hereditatem, alterius non. Quæritur an Substituto locus sit? Et verius est, Substituto locum esse. *sup. d. l. fin.*

XVI. *Quod tamen diximus Substitutum coheredibus præferri, ita obtinet nisi aliunde appareat aliam fuisse defuncti voluntatem: ut in specie sequenti.*

Quidam testamento Proculum ex parte quarta, et Quietum ex parte dimidia et quarta heredem instituit; deinde Quieto Florum, Proculo Sosiam heredes Substituit: deinde si neque Florus neque Sosia heredes essent, tertio gradu ex parte dimidia et quarta Colonam Leptitanorum (4), et ex quarta complures heredes Substituit in plures quam tres uncias (5). Quietus hereditatem adiit: Proculus et Sosia, vivo testatore, decesserunt. Quæritur, quadrans Proculo datus ad Quietum an ad Substitutos tertio gradu pertineat? Respondi, Eam videri voluntatem patrisfamilias fuisse ut tertio gradu scriptos heredes ita demum Substituerit, si tota hereditas vacasset: idque apparere evidenter ex eo quod plures quam duodecim (6) uncias inter eos distribuisset. Et Idcirco partem quartam hereditatis de qua quæritur, Quietum pertinere. *l.* 30. Julian. lib. 78. digest.

XVII. *Vidimus Substitutum coheredibus præferri, nisi contraria appareat defuncti voluntas.*

Multo magis Substitutus præfertur heredibus ab intestato: cum ideo Substituatur ut causa intestati excludatur. Hinc Alexander: Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti et ab intestato Bonorum possessionis jus habere voluisti; Substituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde si Substitutus hereditatem amplexus est, actionibus quæ tibi adversus matrem competebant ipsum convenire, non successionem ab intestato potes vindicare. *l.* 3. *Cod. de Impuber. et aliis substit.*

XVIII. *Illud observandum est, portionem heredis cui quis Substitutus est, ex Substitutione deferri cum omni causa, adeoque cum jure accrescendi quod habere potuisset is in cujus locum succedit.*

Hinc in specie sequenti: Quidam quatuor heredes fecerat, et omnibus heredibus præter unum Substituerat: unus ille cui non erat quisquam Substitutus, et ex cæteris alter, vivo patrefamilias decesserat. Partem cui nemo erat Substitutus, ad Substitutum quoque pertinere (7) Ofilius, Cascel-

(1) Adde, et hereditatem; sed non quasi ex Substitutione; Substitutionemque nullam esse, cum unus sit gradus.

(2) Hoc enim casu, Substitutio utilis est et duo gradus esse videntur. Vid. Notas ad l. præced.

(3) Et sic, jus Substituti prævalet juri accrescendi quod competeret Primo.

(4) Atqui supra vidimus (Tit. *de Hered. instit.* N. 4.) tempore Juliani, et diu postea non potuisse heredes institui universitates? Solve: Julianus non ait hanc institutionem valere, sed refert factum. Porro fieri potest ut testator in Jure errans hanc Coloniam scripserit heredem: vel forte testator erat libertus hujus Coloniæ; poterant autem jam tunc scribi heredes a suis libertis, ut vidimus sup. d. loco.

(5) Ex quibus constat quadrans.

(6) Legendum suspicor, *quam tres.* Vis argumenti hæc est: si quadranti ex quo Proculus scriptus est, statim atque hic quadrans vel solus vacaret, Substitui eos voluisset testator; tres uncias duntaxat ex quibus constat quadrans inter eos divisisset. Atqui plures inter eos divisit; novam totius hereditatis suæ divisionem fecit. Ergo voluit eos substitui, non quum solus ille quadrans vacaret, sed ita demum si tota hereditas vacaret: ergo eis voluit coheredem præferri.

(7) Jure accrescendi scilicet. Ratio est quia (ut supra vidimus) portio hereditatis deficiens accrescit, non personis, sed cæteris portionibus.

lius, responderunt : quorum sententia vera est. *l.* 39. § 2. JAVOLEN. LIB. 1. EX POSTER. LABEONIS.

Onus etiam legatorum et fideicommissorum quibus gravatus erat is cui Substitutum est, ex Constitutione Severi ad Substitutum transit: ut videb. infra ad Titulos de Legatis *Part.* 3.

Cæterum Sub conditione herede instituto, si Substituamus; nisi eamdem conditionem repetemus, pure eum heredem Substituere intelligimur. *l.* 73. *ff. de Hered. instit.* GAIUS LIB. 13. LEG. JUL. ET PAP.

ARTICULUS V.

Quando deficiat Vulgaris Substitutio.

XIX. Post aditam hereditatem, directæ Substitutiones non impuberibus filiis factæ expirare solent. *l.* 5. *Cod. de Impub. et aliis substit.*

Et quidem deficit Substitutio, quamvis institutus hereditatem non sibi sed ei in cujus potestate esset acquisierit.

Hinc Si quis filiumfamilias heredem instituerit, et ita scripserit: SI MIHI TITIUS ISTE FILIUSFAMILIAS HERES NON ERIT, SEMPRONIUS HERES ESTO: filio adeunte jussu patris, Substitutus excluditur. *l.* 7. *ff. de Acquir. vel omitt. hered.* PAUL. LIB. 1. AD SABIN.

Hoc absque dubio est, quum testator institutum sciebat esse alieni juris. Quid si eum falso credebat patremfamilias? De hac re ita Julianus. Si paterfamilias Titium quem ingenuum credebat, heredem scripserit; eique, si heres non esset, Sempronium (1) Substituerit: dein, Titius quia servus fuerat, jussu domini adierit hereditatem: potest dici Sempronium in partem hereditatis admitti. Nam qui scit aliquem servum esse, et eum heredem scribit; et ita Substituit, SI STICHUS HERES NON ERIT SEMPRONIUS HERES ESTO; intelligitur tale quod dicere, si Stichus neque ipse heres erit neque alium fecerit. At qui eum quem liberum putat esse, heredem scripserit; hoc sermone, SI HERES NON ERIT, nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi acquisierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Quæ adjectio ad eos pertinet qui patresfamilias heredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur (2) in hoc casu semisses fient; ita ut alter semis inter eum qui dominus instituti heredis fuerit, et Substitutum, æquis portionibus dividatur. *l.* 40. *ff. de Hered. instit.* JULIAN. LIB. 30. DIGEST.

Et hoc Tiberius Cæsar constituit in persona Parthenii, qui tanquam ingenuus heres scriptus adierat hereditatem, quum esset Cæsaris servus. Nam divisa hereditas est inter Tiberium et eum qui Parthenio Substitutus erat: ut refert Sextus Pomponius. *l.* 41. *ff. d. tit.* POMPON. LIB. 12. EX VARIIS LECTIONIBUS.

XX. *Adeunte instituto deficiunt non solum gradus eorum qui ipsi Substituti sunt, sed et omnes quotquot deinceps facti fuerant gradus.*

Et hoc generaliter obtinet ubicumque plures heredum gradus sunt. Hinc V. G. cum in formula Aquiliana filius et nepos duos gradus faciant, herede existente filio, deficit non solum institutio nepotis, sed et omnium sequentium graduum, eorum scilicet qui nepoti Substituti sunt.

Hoc docet Julianus. Quum in testamento ita scribitur: SI FILIUS ME VIVO MORIETUR, NEPOS EX EO POST MORTEM MEAM NATUS HERES ESTO: duo gradus heredum sunt. Nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur. Ex quo apparet, si nepoti Titius Substitutus fuerit, et filius patri heres extiterit, non posse Titium una cum filio heredem esse: quia non in primum, sed in secundum gradum Substituitur. *l.* 37. *ff. de Hered. instit.* JULIAN. LIB. 29. DIGEST.

Similiter Africanus: Si filios et ex eo nepos posthumus ita heredes instituantur ut Gallo-Aquilio placuit; et nepoti, SI IS HERES NON ERIT, Titius Substituatur: filio herede existente, Titium omnimodo, id est etiamsi nepos natus non fuerit, excludi respondit. *l.* 33. § 1. AFRICAN. LIB. 2. QUÆST.

SECTIO II.

De Pupillari Substitutione.

Circa Pupillarem Substitutionem videbimus: 1.° *Quæ sit ejus natura et forma;* 2.° *Quotuplex hujus species;* 3.° *Quibus pupillariter Substitui possit;* 4.° *Qui Pupillariter Substitui possint;* 5.° *De effectu Pupillaris Substitutionis;* 6.° *Quando deficiat;* 7.° *Pauca subjungemus de fideicommissaria Pupillari Substitutione.*

(1) Goveanus, Duarenus et multi alii hic et in simili textu Institutionum legendum censent *Sempronium coheredem.* Et hanc lectionem probare videtur quod in fine textus dicitur, fieri duos semisses; quorum alter inter Sempronium et dominum Titii dividitur. Nam nisi Sempronius fingatur coheres, non alter ex duobus semissibus duntaxat, sed tota hereditas inter ipsum et Titii dominum esset dividenda. Hæc tamen lectio displicet Viglio et Connano. Heineccius autem duas in hac lege species tractari putat: hunc vide, si lubet, ad *Institut.* n. 557. At vero Cujacius, qui in hujus legis specie substitutum *Sempronium* vult non esse *coheredem;* infra in fine legis, pro his verbis *Alter semis,* legendum ait AS: factumque hoc contendit errore scribæ qui litteras hujus verbi *AS* pro siglis duorum verborum accipiens, inscite scripsit *Alter Semis.*

(2) Dubium erat in hac specie an Substitutioni locus esse deberet necne. Ex una parte videbatur locus non esse, quia revera Titius heres extiterat. Ex altera videbatur locus esse; quia hereditatem nec sibi, nec alteri in cujus jus post testamentum eccidisset, hereditatem quæsivisset: eum tamen hos casus testator qui eum *Ingenuum* credebat, intelligere duntaxat potuisset. Igitur in hac ambiguitate an Instituto an Substituto locus foret, his dividitur inter utrumque.

ARTICULUS I.

De natura et forma Substitutionis Pupillaris.

XXI. *Pupillaris Substitutio, ut jam diximus, ea est qua quis filio suo impuberi quem in potestate habet,* SI IMPUBES DECESSERIT, *heredem scribit.*

Unde hæc Substitutio est quasi quoddam testamentum quod pater filio suo facit. Ita tamen ut simul sit et pars testamenti paterni.

Enimvero Patris et filii testamentum pro uno habetur, etiam in Jure Prætorio (1). Nam (ut Marcellus libro Digestorum 9 scribit) sufficit tabulas esse patris signatas, etsi resignatæ sint filii; et septem signa patris sufficiunt (2). *l.* 20. ULP. LIB. 16. AD SABIN.

Hinc Substituere liberis pater non potest, nisi heredem sibi instituerit. Nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. *l.* 1. § 3. MODESTIN. LIB. 2. PANDECT.

Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere. Cæterum soli filio non poterit (3), nisi forte miles sit.

Adeo autem nisi sibi quoque fecerit, non valet; ut, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat (4). *l.* 2. § 1. ULP. LIB. 6. AD SABIN.

XXII. *Quamvis autem patris et filii testamentum pro uno habeatur; nihilominus* Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra (5), fecerit testamentum; valebit. *l.* 20. § 1. ULP. LIB. 16. AD SABIN.

XXIII. *Item nihilominus diversis temporum intervallis fieri possunt. Igitur* Si suo testamento perfecto, alia rursus hora pater filio testamentum fecerit adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valebit. *l.* 16. § 1. POMPON. LIB. 3. AD SABIN.

Obiter nota quòd subjicitur: Et tamen patris testamentum ratum manebit (6). *d.* § 1.

Unde Ex pupillari testamento superius principale neque ex parte neque in totum confirmari posse (7) Marcianus scripsit. *l.* 44. PAUL. LIB. 10. QUÆST.

XXIV. *Ita autem diversis temporibus patris et filii testamenta fieri possunt, ut pater a suo incipere debeat. Quod obtinet, etsi uno contextu utrumque fiat.* Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio Substituere; et non convertere ordinem scripturæ. Et hoc Julianus putat, prius sibi debere, deinde filio heredem scribere; cæterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quæ sententia Rescripto Imperatoris nostri ad Virium-Luppum Britanniæ Præsidem comprobata est. Et merito: constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates. Usque adeo ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat; et posthumum Suum (8) filio impuberi possit quis Substituere. *l.* 2. § 4. ULPIAN. LIB. 6. AD SABIN.

Quod dicimus, a Substitutione pupillari converso scripturæ ordine non esse incipiendum, tunc obtinet quum exheredato Substituitur; quia hoc casu Substitutus non aliter quam ex scripturæ ordine secundus heres videri potest.

Contra: Sed si quis ita fuerit testatus: SI FILIUS MEUS INTRA QUARTUM-DECIMUM ANNUM DECESSERIT, SEIUS HERES ESTO; valet Substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fecerit. *d. l.* 2. § 5.

Et hoc obtinet non solum in pupillari expressa, sed et in tacita. Unde additur: Sed et si ita scripserit, SI FILIUS MIHI HERES NON ERIT, SEIUS HERES ESTO; FILIUS HERES ESTO: secundo quidem gradu Seius scriptus est heres; et si filius heres non extiterit, procul dubio Seius ei heres erit: sed etsi extiterit filius heres, et in pubertate (9) defunctus est Seius admittendus recte (10) videtur; ut non ordo scripturæ, sed ordo successionis spectetur. *d. l.* 2. § 6.

Quod igitur dictum est, singulis liberorum (11) Substituere (12) licere; ideo adjectum est, ut declaretur non esse a filii testamento incipiendum impuberis. *d. l.* 2. § 7.

(1) Ita ut ex Substitutione pupillari a patre intestato facta, Bonorum possessio *secundum tabulas* non daretur.

(2) Non enim sunt duo testamenta, sed unum testamentum patris; cujus est quædam sequela, illud quod filio suo facit.

(3) Nec enim potest accessoriam esse sine principali.

(4) Nam non adita ex testamento hereditate, ruit testamentum, adeoque et Substitutio pupillaris quæ est hujus sequela.

(5) Multo magis diversis scripturis. Et quidem parentibus de salute liberorum suorum sollicitis, ne illis struantur insidiæ, commendat Justinianus ut ita faciant; et scripturam utramque separatim signari curent. *Instit.* h. tit.

(6) Nec enim est novum testamentum per quod prius rumpatur, sed sequela prioris: adeoque sequi, non præcedere, debet pupillaris Substitutio.

(7) Qui posterius testamentum facit, utiliter confirmat hoc posteriori testamento prius testamentum quod fecit; ut saltem valeat jure fideicommissi: cum alioquin omnino ruptum et infirmatum esset per hoc posterius testamentum. Verum is qui duntaxat filio testamentum facit, frustra in eo confirmat testamentum quod sibi ante fecerat; cum testamentum quod filio facit, huic quod sibi jam fecit accedat, nec illud rumpat. Ita Cujacius.

(8) Enimvero si Substitutio pupillaris non ita esset testamentum filii ut etiam esset testamentum patris; posthumus *Suus* a patre non posset Substitui pupillariter: posthumus enim non potest institui nisi in testamento ejus cui *Suus* posthumus est, cum jure Pandectarum reprobata sit alieni posthumi institutio.

(9) Legendum *infra pubertatem.*

(10) Igitur Vulgaris Substitutio, tacite continet pupillarem.

(11) Id est, exheredatis sicut et institutis.

(12) Quasi diceret: hæc vox *Substituere*, quæ usurpatur quum pater filio impuberi non solum instituto sed etiam exheredato heredem scribit, declarat hunc heredem secundum heredem esse oportere. Alioquin diceretur *Institutus*, non *Substitutus*. Exheredato autem scriptus heres quomodo secundus videbitur, si a filii testamento incipiatur?

XXV. *Circa formam Substitutionis pupillaris observandum superest; quod sicut heres ex certa re institui non potest, ita nec potest quis ex bonis duntaxat patris filio pupillariter Substitui.*

Non tamen si factum fuerit, ideo erit vitiosa Substitutio, sed detracta hac mentione valebit, Hoc docet Papinianus. Ita ille : Non videri cum vitio factam Substitutionem his verbis placuit : ILLE FILIUS MEUS, SI (QUOD ABOMINOR) INTRA PUBERTATIS ANNOS DECESSERIT, TUNC IN LOCUM PATERNÆ (1) EJUS TITIUS HERES ESTO : non magis quam si post demonstratam conditionem (2), sibi (3) heredem esse Substitutum jussisset. Nam et qui certæ rei heres instituitur, collerede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet. *l.* 41. § 8. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

ARTICULUS II.

Quotuplex sit Substitutionum Pupillarium divisio.

Substitutio pupillaris, quemadmodum et vulgaris supra dividitur in Expressam et Tacitam, *in* Nominatim *factam*, Reciprocam, et Breviloquam; *in* Puram *et* Conditionalem, *etc.*

§ 1. *Prima divisio; in* Expressam *et* Tacitam.

XXVI. *Tacitæ Substitutionis pupillaris exemplum celeberrimum refert Modestinus. Ita ille :* Jam hoc Jure utimur ex Divi Marci et Veri Constitutione; ut, quum pater impuberi filio in alterum casum Substituisset, in utrumque casum (4) Substituisse intelligatur : sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit. *l.* 4. LIB. SINGUL. DE EURÆMATICIS.

XXVII. *Hoc exceptionem patitur 1.° si pupillo et alii heredi cui pupillariter Substitui non potest, conjunctim Substitutum sit.*

Ita enim rescribit Alexander. Quamvis placuerit Substitutionem impuberi qui in potestate testatoris fuerit a parente factam ita SI HERES NON ERIT, porrigi ad eum casum quo, posteaquam heres extitit, impubes decessit; si modo non contrarium defuncti voluntatem extitisse probetur : cum tamen proponas ita Substitutionem factam esse : « Si *mihi* Firmianus filius et Ælia uxor mea (quod abominor) » heredes non erunt, in locum eorum Publius-» Firmianus heres esto »; manifestum est in eum casum Substitutionem, quo utrique heredum Substitui potuit (5). *l.* 4. *Cod de Impub. et aliis substit.*

2.° *Sed et si soli filio in vulgarem casum sit Substitutum, non intelligetur testator tacite in pupillarem casum Substituisse; si filius habeat legitimam heredem matrem, testatoris uxorem legitimam.*

Hinc ita rescribunt Diocletianus et Maximianus. Precibus manifestius exprimere debueras; maritus quondam tuus, miles defunctus (quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, et secundum heredem scripsisse), utrumne in primum casum aut in secundum filio suo quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum-quartum suæ ætatis annum aut (6) postea decesserit, Substituerit. Nam non est incerti Juris quod, si quidem in patria militis positus potestate primo tantum casu habuit Substitutum, et patri heres extitit, eo defuncto, ad te omnimodo ejus pertineat successio (7). *l.* 8. *Cod. de Impub. et aliis subst.*

Similiter Justinianus constituit ut, quum quis uxorem suam ex parte et ventrem ex parte instituit, et posthumo in vulgarem casum (scilicet Si natus non fuerit) *substituit; Substitutio demum in ejusmodi casu admittatur, si posthumus minime editus fuerit, vel mater post partum prior decesserit. l. fin. Cod.* de fostit. et substit.

XXVIII. *Quod dicimus, regulariter qui in unum casum filio impuberi Substituit, tacite ei in alterum casum Substituisse intelligi, obtinet non solum in nominatim facta Substitutione, sed etiam in reciproca, qua scilicet plures impuberes invicem Substituuntur. Ita enim pergit Modestinus supra laudatus :*

Quod jus ad tertium quoque genus (8) Substitutionis tractum esse videtur. Nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem Substituat; in utrumque casum reciprocam Substitutionem factam videri Divus Pius constituit. *sup. d. l.* 4. § 1.

Cæterum eædem hic exceptiones recurrunt quæ supra.

Si enim alter fuit cui pupillariter Substitui non

(1) Quam ex hereditate mea habuit.

(2) Conditionem hic intellige quæ inest Substitutioni pupillari, *Si filius meus ante pubertatem decesserit.*

(3) Quamvis testator scripsisset ut Substitutus *sibi* heres esset; tamen non in bona duntaxat testatoris, sed et in bona pupilli ex Substitutione succederet : ergo pariter et in hac specie.

(4) Hæc lex generaliter loquitur : videturque hujus sententiæ esse, ut non solum Vulgaris expressa tacite continent pupillarem; quod inter omnes constat : sed et ut pupillaris expressa vice versa contineat Vulgarem; quod etiam vulgo probatur, quamvis dissentiant nonnulli, inter quos Ant. Faber. *Decad.* 32. *Err* 9.

(5) Proindeque Vulgarem tantum hic inesse Substitutionem.

(6) Nota, speciem poni in milite. Paganus ultra pubertatem non posset directe Substituere.

(7) Quamvis species sit posita in milite, concluditur idem obtinere in testamento pagani. Nam quum non de forma et solennitatibus, sed de conjectura voluntatis quæstio est, eadem ratio militat in pagano et milite. Ita censent Glossa, Cujacius, Zoezius, et major pars Doctorum : a quibus tamen dissentiunt Goveanus et alii nonnulli, qui hanc legem censent obtinere in testamento militis duntaxat; in testamento autem pagani, Vulgari Substitutioni inesse Pupillarem etiam adversus matrem pupilli.

(8) Cum de Vulgari et pupillari locutus sit, scilicet in Vulgari tacite inesse pupillarem; *Tertium genus* appellat, Substitutionem reciprocam.

potest; eo casu neutri pupillariter Substituisse intelligetur. V. G. Sed si alter pubes, alter impubes, hoc communi verbo EOSQUE INVICEM SUBSTITUO, sibi fuerint Substituti; in vulgarem tantummodo casum factam videri Substitutionem Severus et Antoninus constituit. Incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset Substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater Substituere debebit; ut, si pubes heres non extiterit, impubes ei Substituatur; si autem impubes heres extiterit et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis Substituatur: quo casu in utrumque eventum Substitutus videbitur. Ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat; utrum de una vulgari tantummodo Substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur. Ita enim in altero utraque Substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur. Vel certe evitandæ quæstionis gratia, specialiter in utrumque casum impuberi Substituat fratrem, SIVE heres non erit, SIVE erit et intra pubertatis annos decesserit. *d. l.* 4. § 2.

Eamdem exceptionem species sequens continet. Lucius-Titius legitimum filium et alterum naturalem heredes instituit, eosque invicem Substituit. Titianus legitimus filius quem pater anniculum reliquit, post patris mortem impubes decessit; superstite matre, et fratre naturali quem etiam coheredem habebat. Quæro an hereditas ejus ad Titium naturalem fratrem ex causa Substitutionis pertineat, an vero ad matrem? Respondi, Ad primum casum, non existentium heredum, Substitutionem de qua quæritur pertinere; non ad sequentem, SI QUIS eorum postea decessisset intra pubertatem: cum in naturalis filii persona duplex Substitutio locum habere non poterit (1). Et ideo ad matrem legitimi filii hereditas ab intestato pertinet. *l.* 45. PAUL. LIB. 12. RESPONS.

XXIX. *Circa tacitam pupillarem Substitutionem unum observandum superest. Scilicet ex eo quod quis pupillariter Substitutus sit Substituto, non intelligitur tacite pupillariter Substitutus et instituto.*

Hoc docet Scævola: Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio herede, filiam exheredavit, et, si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem Substituit. Sed filiæ, si antequam nuberet decessisset; uxorem suam, item sororem suam Substituit. Quæro, cum filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes; an filii hereditas ad uxorem et sororem testatoris jure Substitutionis pertineat? Respondi, Secundum ea quæ proponerentur non pertinere (2). *l.* 47. SCÆVOLA LIB. 2. RESPONS.

§ 2. *Secunda divisio; in* Nominatim *factas,* Reciprocas, *et* Breviloquas.

Secunda Substitutionis Pupillaris divisio est in eam quæ fit Nominatim, *quum scilicet certæ personæ nominatim pupillo substituuntur;* Reciprocam, *qua plures pupilli invicem substituuntur his verbis* EOSQUE INVICEM SUBSTITUO; *et eam quæ* Breviloqua *dicitur, quum scilicet* QUISQUIS MIHI HERES ERIT, *generaliter pupillo Substituitur.*

XXX. *Circa hanc autem Substitutionem pupillarem breviloquam quæritur.* 1.° *Qui ad hanc Substitutionem vocati intelligantur?*

Hæc verba QUISQUIS MIHI HERES ERIT idem impuberi filio heres esto, hunc habent sensum; ut non omnis qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, Substitutus videatur. Et ideo neque pater qui per filium, neque dominus qui per servum extitit, ad Substitutionem admittetur; neque heredis heres (3): quia non ex judicio veniunt. *l.* 8. § 1. ULP. LIB. 4. AD SABIN.

Suffragatur Modestinus, Cum filio impuberi pater ita Substituerit: QUISQUIS MIHI HERES ERIT, idem filio impuberi heres esto; placuit ad hanc Substitutionem scriptos tantummodo [ad hereditatem] admitti. Itaque dominus cui per servum hereditatis portio quæsita sit, ex Substitutione impuberis heres effici non poterit; si servus ab ejus exierit potestate. *l.* 3. LIB. 1. DIFFERENT.

Pariter Paulus. Item in Substitutione his verbis QUISQUIS MIHI HERES ERIT, proximus (4) heres tantum significatur; imo non tantum proximus heres, sed etiam scriptus. *l.* 227. § 1. *ff. de Verb. signif.* PAUL. LIB. 2. MANUALIUM.

Hinc et illud sequitur. Sed si plures sint ita Substituti QUISQUIS ex supra scriptis heres erit; deinde quidam ex illis posteaquam heredes extiterint patri, obierint; soli superstites ex Substitutione heredes existent, pro rata partium ex quibus instituti sunt: nec quicquam valebit ex persona defunctorum (5). *l.* 10. ULP. LIB. 4. AD SABIN.

(1) Ratio qua innititur Jurisconsultus, hæc est: Substitutio *duplex* Vulgaris scilicet et pupillaris simul, locum habere non potest in persona filii NATURALIS; utpote cui non possit pupillariter substitui, cum non sit in potestate patris. Unde colligitur de *Duplici* hac Substitutione testatorem non sensisse nec in persona filii legitimi, cum utrique simul substitueret. Verum hæc ratio quæ sive pro matre sive pro quovis alio herede impuberis ab intestato adversus Substitutum militat, non excludit alteram qua mater Substituto præferri deberet; ex eo solo quod, cum sit testatoris uxor, non debeat præsumi testator voluisse huic præferre Substitutum: ut vidimus supra N. præced.

(2) Secus obtinet in Vulgari Substitutione: supra N. 6.

(3) Idem in Vulgari: supra N. 10. cum Notis.

(4) Id est, immediatus.

(5) Nec obstat quod ex l. 39. ff. *de Acq. vel omitt. hered.* infra *d. tit.* videbimus eum quem testator scripsit sibi heredem, et pupillo Substituit; si postquam adiit testatoris hereditatem, vivo adhuc pupillo decedat; transmittere ad heredem suum causam accrescendæ pupillaris hereditatis, si postea impubes decesserit. Hoc inquam non obstat. Nam in specie d. legis 39 is qui testatoris adiit hereditatem, idem supponitur fuisse pupillo Substitutus. At hic (in l. 10 h. tit.) qui testatori heres fuit, et vivo pupillo decessit, non videtur ex his verbis *Quisquis mihi heres erit* pupillo Substitutus. His enim verbis illi sunt Substituti pupillo, qui quum casus Substitutionis Pupillaris existeret, invenirentur testatoris fuisse heredes; adeoque illi duntaxat qui tunc viverent. Is ergo qui vivo pupillo decessit, non fuit ei Substitutus.

XXXI. *Vidimus in Substitutione Breviloqua non satis esse si quis hereditatem testatoris adeptus fuerit, nisi ipse institutus fuerit.*

Vice versa non satis est aliquem institutum fuisse, nisi hereditatem adeptus fuerit sibi aut alii. Cæterum non refert quo gradu institutus fuerit.

Hoc docet Africanus in hac specie.

Filium impuberem et Titium heredes instituit: Titio Mævium Substituit; filio QUISQUIS SIBI HERES ESSET ex supra scriptis, Substituit. Titius omisit hereditatem, Mævius adiit. Mortuo deinde filio, putat magis ei soli ex Substitutione deferri hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit (1). *l.* 34. § 1. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

Modo autem quis ipse testatori semel heres extiterit; quamvis ei postea ablata sit hereditas, nihilominus ad hanc Substitutionem vocatur.

Hoc docet Julianus: In Substitutione filio ita facta: QUISQUIS MIHI EX SUPRA SCRIPTIS HERES ERIT, IDEM FILIO HERES ESTO; quæritur, quisquis heres quandoque fuerit intelligatur, an quisquis heres tum erit quum filius moriatur? Placuit Prudentibus, Si quandoque heres fuisset. Quamvis enim vivo pupillo heres esse desiisset, forte ex causa de inofficioso quæ pro parte (2) mota est; futurum tamen eum heredem ex Substitutione creditum est. *l.* 31. JULIAN. LIB. SING. DE AMBIGUITATIBUS.

Obiter nota: Non simili modo in hac specie dicendum est: si quis quum filios duos haberet, Gaium puberem, Lucium impuberem, ita filio Substituisset: SI LUCIUS filius meus impubes decesserit, neque mihi Gaius filius heres erit; TUNC (3) Seius heres esto. Nam ita Prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio Substitutionis esset referenda (4). *d. l.* 31. § 1.

XXXII. *Quæritur 2.º circa hanc Substitutionem, ex quibus partibus ad Substitutionem isti Substituti veniant? Et (ut jam obiter dictum est,)* Partes quoque eædem ad Substitutos pertinent, quas in ipsius patrisfamiliæ habuerunt hereditate. *l.* 8. § *fin.* ULP. LIB. 4. AD SABIN.

Hoc autem non intelligitur CUM EFFECTU. *Sufficit quod ex his partibus adierint; nec refert an eas restituerint: ut in specie sequenti.*

XXXIII. Julius-Longinus pater eos quos sibi heredes instituerat filio ita Substituit, QUISQUIS SIBI HERES ESSET. Unus ex heredibus institutis qui tacitam fidem accommodaverat ut non capienti partem ex eo quod acceperat daret; ad Substitutionem impuberis admissus utrum pro ea parte pro qua scriptus fuit veniat; an vero pro ea quam cœpit, ita ut augeatur ejus pars in Substitutione? Respondi: Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur; nec desinet heres esse, licet res quæ ita relictæ sunt auferuntur. Unde et ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset. SATIS ENIM PUNITUS EST IN EO QUO FECIT CONTRA LEGES. Quinimo etsi desineret heres esse, idem dicerem. Quemadmodum intelligendum est in eo qui, quum scriptus esset heres, postquam adiisset hereditatem, in servitutem redactus est, et postea libertate donatus; cui permissum est ad Substitutionem venire quæ ei in testamento fuerat relicta. Licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex Substitutione istam portionem quantum (5) amisit percepturum. *l.* 43. § 3. PAUL. LIB. 9. QUÆST.

XXXIV. *Quam autem partem habebit extraneus, si cum heredibus institutis filio pupillariter Substitutus sit? Labeo putabat, dimidiam habiturum.*

Ita ille: Si pater filio impuberi eosdem quos sibi, et te unum præterea heredem instituit: bonorum filii te dimidiam (6), cæteros patris heredes communiter dimidiam ita habere ut unus semis apud te maneat; alterius semissis pro his partibus inter heredes paternos divisio fiat quibus ex partibus hereditatem paternam haberent. *l.* 9. LABEO LIB. 1. POSTERIOR. A JAVOLENO EPITOM.

Justinianus autem sancivit ut in hac specie extraneus virilem (7) duntaxat haberet. l. fin. Cod. de Impub. et aliis subst.

§ 3. *Tertia Divisio, in* Graduales *et* Simplices.

XXXV. *Possunt etiam dividi Substitutiones pupillares, in Simplices et graduales. Nam potest quis vel unum vel plures Substitutionis pupillaris gradus facere. Et* Quo gradu heres liberis Substituatur, nihil interest. *l.* 13. POMPON. LIB. 2. AD SABIN.

(1) Igitur qui primo gradu scriptus erat, a Substitutione pupillari excluditur; quia patris heres non fuit. Mævius admittitur; quia patri heres fuit, quamvis in secundo gradu.

(2) Finge: Hic ex parte duntaxat scriptus erat, et adversus eum duntaxat mota est querela: adversus coheredem non mota est. Quod si in solidum mota fuisset querela, corrueret totum testamentum, adeoque et Substitutio pupillaris. Vid. supra lib. 1. Tit. *de Inoffic. testam.* Art. 4.

(3) Ex hoc articulo TUNC, discrimen inter utramque speciem proficisci observat Cujacius. Est enim adverbium temporis, quod illam conditionem *Si neque Gaius filius heres erit*, determinat ad illud tempus quo Substitutionis casus (cui hæc conditio ascribitur) per mortem impuberis existet. In superiori vero specie hæc verba *Quisquis heres mihi erit*, sunt indeterminata; adeo ut quandocumque heredem fuisse sufficiat.

(4) Id est, eo tempore inspiciendum, an Gaius duraret testatori heres.

(5) Alias *quantum*; id est, etiam pro ea portione quam amisit.

(6) Contra in l. 32. supra N. 12. dicitur extraneum uni ex heredibus institutis cum cæteris scriptis heredibus Vulgariter Substitutum, virilem duntaxat habiturum. Disparitas est quod in hac l. 9. heredes patris collective et per indefinitam orationem filio Substituuntur sic *Quisquis heres erit*; adeoque unius personæ vice funguntur: unde extraneus semissem habet. At in lege 32 opposita, singulæ heredum personæ Substitutæ intelliguntur.

(7) Per hanc igitur Justiniani legem abrogatur lex 9 supra mox relata. Utramque ergo frustra conciliare tentant Glossa et Doctores. Ita recte censent Goveanus et Zoezius.

Exemplum gradualis Substitutionis pupillaris proponitur in specie sequenti.

Si pater impuberes filios invicem Substituerit; et ei qui novissimus mortuus fuerit, Titium: respondendum est solos fratres Bonorum possessionem accepturos: et quodammodo duos gradus hujus institutionis factos, ut primo fratres invicem Substituerentur; si illi non essent, tunc Titius vocaretur. *l.* 25. JULIAN. LIB. 24. DIGEST.

§ 4. *Quarta divisio, in* Puras et Conditionales.

XXXVI. Qui liberis impuberibus Substituit, aut pure aut sub conditione solet Substituere. PURE sic, SI FILIUS MEUS intra pubertatem decesserit, Seius heres esto: sive Seius iste heres institutus sit et impuberi Substitutus, nullam habet conditionem (1), sive solum Substitutus. Sub conditione autem, institutum si Substituat; id est SI MIHI HERES ERIT; non alias existet heres ex Substitutione, nisi et ex institutione heres fuerit. Cui similis est et hæc Substitutio QUISQUIS MIHI EX SUPRA DICTIS HERES ERIT; habet enim in se eamdem conditionem similem (2) superiori. *l.* 8. ULP. LIB. 4. AD SABIN.

§ 5. *Quinta Divisio.*

XXXVII. *In Substitutionibus pupillaribus hæc etiam varietas notari potest. Nimirum* Qui plures liberos habet, potest quibusdam Substituere neque utique necesse habet omnibus, sicuti potest nulli Substituere. *l.* 38. PAUL. LIB. SINGUL. DE SECUNDIS TABULIS.

Unde Vel singulis liberis, vel qui eorum novissimus morietur heres Substitui potest: singulis, si neminem eorum intestato decedere velit; novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit. *l.* 37. FLORENT. LIB. 10. INSTIT.

Hac in re autem dubitari interdum potest quæ fuerit voluntas testatoris: ut, quum testator duobus filiis suis impuberibus Substituit aliquem, si uterque decesserit. In hoc autem casu Justinianus constituit ut, ei duntaxat qui novissimus decederet, Substitutus intelligeretur. l. 10. *Cod.* de Impub. et aliis substit.

XXXVIII. *De Substitutione quæ fit ei qui novissimus morietur, ita Papinianus.* Quum pater impuberi filiæ quæ novissima diem suam obiisset, tabulas secundas fecisset; et impubes filia, superstite sorore pubere, vita decessisset; irritam esse factam Substitutionem placuit: in persona quidem prioris, quia non novissima decessit; in alterius vero, quia pubertem ætatem complevit. *l.* 41. § 7. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Circa eamdem hanc Substitutionem quæritur an et in quorum persona committatur; si simul (id est, eodem tempore) decesserint? Quocirca Africanus: Ex duobus impuberibus ei qui supremus morietur, heredem Substituit: si simul morerentur, utrique heredem esse respondit; quia SUPREMUS non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligatur. Sicut et e contrario PROXIMUS non solum is qui ante aliquem, sed etiam is ante quem nemo sit, intelligitur. *l.* 34. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

Et quidem si duo simul mortui sunt, utrique Substitutus heres fit. Quod si diversis temporibus; Substitutus non utrique, sed ei duntaxat qui novissimus mortuus est heres erit: quamvis per accidens, bona ejus qui prior mortuus est in hujus hereditate inveniat. Quod tamen ad idem non redit, ut notat Papinianus in specie sequenti.

Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita Substituit SI AMBO MORTUI ESSENT: deinde pueri post mortem patris simul perierunt. Duæ hereditates Substituto deferuntur. Sed si diversis temporibus vita decedant; in hereditate novissimi pueri, ejus fratris qui ante mortuus est hereditatem Substitutus inveniet: sed in ratione Falcidiæ, pueri prioris (3) hereditas non veniet; nec Substitutus amplius quam sescunciam jure testamenti desiderabit. Legata quoque quæ a Substituto ejus filii data sunt qui prior intestato decessit, ad irritum recidunt (4). *l.* 42. PAPIN. LIB. 1. DEFINIT.

Observandum superest quod In vulgari (5) Substitutione qua ei qui supremus morietur heres Substituitur, recte Substitutus etiam unico intelligitur; exemplo XII Tabularum, ex quibus PROXIMUS agnatus et solus habetur. *l.* 162. *ff. de Verb. signif.* POMPON. LIB. 2. AD SABIN.

ARTICULUS III.

Quibus Substitui Pupillariter possit.

XXXIX. Moribus (6) introductum est ut quis impuberibus testamentum facere possit; donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, feminæ ad duodecim.

(1) Hæc enim conditio *Si filius meus intra pubertatem decesserit*, non est vera conditio; cum insit Substitutioni pupillari ex ipsius natura. Vid. Tit. *de Cond. et dem.* infra lib. 35.

(2) Et quidem hæ conditiones, vere sunt conditiones: nec enim insunt Pupillari Substitutioni; cum possit pupillariter Substitui etiam is qui testatori heres non esset.

(3) Id est, Falcidiam non retinebit ut Substitutus puero priori, sed tantum ut Substitutus puero novissime mortuo qui patri ex semisse fuit heres: adeoque Falcidiam semissis duntaxat, seu (quod ad idem redit) sescunciam assis retinebit.

(4) Scilicet cum Substitutio Pupillaris pro parte ejus qui prior decesserit, defecerit; deficiunt quoque legata a Substituto ejus relicta: id est legata a Substituto relicta: pro parte ejus qui prior decessit. Cujac.

(5) *Vulgarem* hic intelligit frequentissimam illam Pupillaris Substitutionis speciem quæ fit ei *Qui supremus morietur*. Ita Cujacius.

(6) Ex interpretatione Prudentium: vid. supra N

Quod sic erit accipiendum, si sint in potestate. Cæterum emancipatis non possumus.

Posthumis plane possumus (1).

Nepotibus etiam possumus, et deinceps si qui non recasuri sunt (2) in patris potestatem. Sed si eos patres præcedant; ita demum Substitui eis potest, si heredes instituti sint vel exheredati. Ita enim post Legem Velleiani succedendo non rumpunt testamentum. Nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit. Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit; poterit ei Substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit (3) vel adrogaverit filio præcedente. *l.* 2. ULP. LIB. 6. AD SABIN.

XL. *Non sufficit autem eum cui Pupillariter Substituitur, in potestate testatoris fuisse tempore Substitutionis, nisi et tempore mortis fuerit.*

Igitur Quum filiæ vel nepoti, qui locum filii tenuit aut post testamentum cœpit tenere, parens Substituit; si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, Substitutio pupillaris fit irrita. *l.* 41. § 2. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

XLI. Substituere liberis tam heredibus institutis quam exheredatis possumus. *l.* 1. § 2. MODESTIN. LIB. 2. PANDECT.

XLII. *Quamvis autem his duntaxat liberis quos in potestate habemus, Substituere Pupillariter possimus; tamen et circa alios idem facere per æquipollens quodammodo possumus.*

Exemplum affert Africanus. Si mater ita testetur ut filium impuberem QUUM ERIT ANNORUM QUATUORDECIM heredem instituat, eique pupillaribus tabulis SI SIBI HERES NON ERIT, alium Substituat; valet Substitutio (4) *l.* 33. AFRICAN. LIB. 2. QUÆST.

Aliud exemplum affert Javolenus: Quum ex filia quis duos nepotes impuberes habebat; sed alterum eorum in potestate, alterum non; et vellet utrumque ex æquis partibus heredem habere, et si quis ex his impubes decessisset, ad alteram partem ejus transferre: ex consilio Labeonis, Ofilii, Cascellii, Trebatii, eum quem in potestate habebat solum heredem fecit; et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, QUUM IN SUAM TUTELAM VENISSET, legavit. Quod si is qui in potestate sua esset, impubes decessisset; alterum heredem ei Substituit. *l.* 39. JAVOL. LIB. 1. EX POSTERIORIBUS LABEONIS.

ARTICULUS IV.

Quis Pupillariter Substitui possit.

XLIII. *Quemcumque instituere, eum etiam Substituere possumus;* Et tam eum quem heredem nobis instituimus, quam alterum. *l.* 1. § 2. MODEST. LIB. 2. PANDECT.

Item et tam eum quem vulgariter huic filio Substituimus quam alterum. Nam Filio impuberi in singulas causas alium et alium heredem Substituere possumus: veluti ut alius, si sibi nullus filius fuerit; et alius, si filius fuerit et impubes mortuus fuerit, heres sit. *d. l.* 39. § 1.

XLIV. Substitui liberis is etiam potest, qui post mortem ejus natus (5) fuerit cui Substitutus heres fuerit. *l.* 17. POMPON. LIB. 4. AD SABIN.

XLV. *Qui per Leges caducarias hereditatem ex qua instituuntur capere non possunt; ii nec possunt capere hereditatem impuberis ex Substitutione Pupillari.*

An autem talis fuerit quis, tempore delatæ Substitutionis Pupillaris inspicitur.

Hinc Si is qui heres institutus est, filio Substitutus sit; nihil oberit ei in Substitutione, si tunc (6) capere possit quum filius decessit. Contra quoque potest pœnas in testamento pupilli pati, licet in patris casus non (7) sit. *l.* 11. PAUL. LIB. 1. AD SABIN.

ARTICULUS V.

De effectu Substitutionis Pupillaris.

XLVI. *Substitutionis Pupillaris is effectus est,*

(1) Sufficit enim quod, si prius nati fuissent, in potestate testatoris fuissent nati.

(2) Nam aut pater qui eos præcedit, superstes erit testatori, quo casu, cum in patris potestatem recidant, Substitutio Pupillaris eis facta valere non potest: cum hæc Substitutio sit testamentum Pupilli, filii autem familias testamentum habere non possint. Quod si pater eorum, vivo testatore, moriatur aut emancipetur; illi succedendo in locum Sui heredis testamentum avi rumpunt: et sic adhuc fit ut evanescat Substitutio Pupillaris eis facta. Mox tamen subjicit quomodo eis Substitutio Pupillaris utiliter fieri possit; nimirum si ex Lege Velleia instituantur aut exheredentur: ut, patre qui eos præcedit mortuo aut emancipato, vivo testatore, non rumpatur testamentum, pupillarisque Substitutio eis facta valeat.

(3) Male ex hac lege concludit Bartolus necesse non esse ut is cui pupillariter Substituitur fuerit in potestate, tempore Substitutionis; modo fuerit tempore mortis. Nam hæc lex sic recte intelligitur, ut quis extraneum heredem scripserit, adoptaverit autem eum antequam ei Substituat. Institutio autem ejus facta dum extraneus erat, impediet quominus rumpatur testamentum; si filio qui præcedit moriente, in Sui heredis locum succedat.

(4) Valde tamen differt a vera pupillari Substitutione. Nam hic Substitutus matri duntaxat heres erit, non filio; nec si quid forte filius aliunde quæsivit, hoc habebit.

(5) Modo tamen sit posthumus Suus testatori; ut si filio meo impuberi Substituam nepotem ex altero filio. Intellige *Nepotem* posthumum *ex altero filio* meo præmortuo. Idem est et si substituam alterum filium meum posthumum. Igitur, quamvis pupillariter Substitutus sit heres pupilli; tamen non ex persona pupilli, sed ex persona patris qui testamentum fecit, inspicitur an sit posthumus Suus, qui heres potuerit institui.

(6) Puta, quamvis quum pater mortuus est cœlebs esset; nec intra annum a morte patris Legi paruerit uxorem ducendo: tamen si, quum filius cui Substitutus est decessit, sit uxoratus, aut saltem intra annum uxorem accipiat, pupilli hereditatem ex Substitutione capere poterit.

(7) V. G. Non proderit ei quod tempore mortis testatoris uxorem habuerit; si tempore mortis pupilli cœlebs sit, et intra annum Legi non pareat.

ut si pupillus cui Substitutum est decedat impubes, Substituto ex testamento hereditas impuberis deferatur.

Hinc Diocletianus et Maximianus. Si testamento jure facto, intra pupillarem ætatem et in sua potestate constitutæ filiæ, Si intra pubertatem decesserit, directis verbis pater Substituit, heredem te factum eo testamento post eventum conditionis, intestati successionem exclusisse constat. *l. 7. Cod. de Impub. et aliis substit.*

XLVII. *Non solum ea quæ pupilli ex hereditate paterna habuerunt, sed etiam* Ad Substitutos pupillares pertinent et si quæ postea pupillis obvenerint. Neque enim suis bonis testator Substituit, sed impuberis; cum et exheredato Substituere quis possit. *l.* 10. § 5. Ulp. lib. 4. ad Sabin.

Hoc tamen exceptiones patitur. Prima statim subjicitur : Nisi mihi proponas (1) militem esse qui Substituit heredem, hac mente ut ea sola velit ad Substitutum pertinere quæ a se ad institutum pervenerunt. *d.* § 5.

Secunda exceptio. In arrogato autem impubere dicitur ad Substitutum ejus ab arrogatore datum, non debere pertinere ea quæ haberet si adrogatus non esset (2); sed ea sola quæ ipse ei dedit arrogator. Nisi forte distinguemus : ut quartam quidem quam omnimodo ex Rescripto Divi Pii debuit ei relinquere, Substitutus habere non possit; superfluum habeat. Scævola tamen libro 10 Quæstionum putat, vel hanc adrogatori permittendum (3). Quæ sententia habet rationem. Ego etiam amplius puto, Et si beneficio adrogatoris acquisivit, et hæc Substitutum posse habere : ut puta adrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit. *d. l.* 10. § 6.

XLVIII. *Est et tertius casus quo in Substitutione Pupillari diversa causa est bonorum quæ pupillus a testatore habuit. Nimirum* Si is qui ex bonis testatoris solidum capere non possit (4), Substitutus sit ab eo impuberi filio ejus; solidum ex ea causa capiet quasi a pupillo capiat : sed hoc ita interpretari Julianus noster videtur, ut ex bonis quæ testatoris fuerant amplius capere non possit. Quod si pupillo aliquid præterea acquisitum esset, aut si exheredato esset Substitutus; non impediri eum capere, quasi a pupillo capiat. *l.* 6. Terentius-Clemens lib. 4. ad Leg. Jul. et Pap.

XLIX. *Extra hos casus; in Substitutione Pupillari, una et individua causa est bonorum quæ pupillus a testatore et eorum quæ aliunde habuit.*

Hinc Ulpianus. Filio impuberi heredi ex asse instituto Substitutus quis est; extitit patri filius heres : an possit Substitutus separare hereditates ut filii habeat, patris non habeat? Non potest; sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius : juncta enim hereditas cœpit esse. *l.* 10. § 2. Ulp. lib. 4. ad Sabin.

Idemque est; si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero. Nam neque filii hereditatem habere possum. *d. l.* 10. § 3.

Hæc absque dubio sunt quum pupillus patris hereditatem amplexus erat. Quid vero si se abstinuerat? Lis fuit inter Jurisconsultos. Ita enim consultus Javolenus :

» Paterfamilias impuberi filio Si ante pubertatem decessisset, Substituit heredem. Is filius paterna hereditate se abstinuit; ideoque bona patris vænierunt. Postea filio hereditas obvenit : qua adita, decessit. Quæro; cum Prætor is ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret; an in Substitutum creditoribus patris danda sit actio? Cum ex bonis paternis, quæ scilicet ad creditores missos ad bona pertinent, nihil acquirat; et cum creditores nihil juris in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit adiretur necne hereditas; cum ea bona, omissa a Substituto hereditate, ad creditores non pertinebant. Me illud maxime movet quod præceptoribus tuis placet, unum esse testamentum ». Respondit, Quod Prætor filio qui a paterna hereditate se abstinet, præstat ne bonis patris ejus venditis in eum actio detur; [et] tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non redat; idem in Substituto filio herede servandum non est : quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris quam ejus bona væneant. Itaque in id quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur; quia ex adventitio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At quum Substitutus filio hereditatem (5) adiit (postquam pupillus (6) se paternæ miscuerit

(1) Ratio hujus exceptionis petitur ab amplissima libertate quam miles habet testandi quomodo velit : de qua lib. seq. Tit. *de Testam. mil.*

(2) Ratio est quia adrogator cavet ea bona se restituturum agnatis cognatisve proximis adrogati, si adrogatus ante pubertatem decesserit. Vid. supra lib. 1, Tit. *de Adoptionib.*

(3) Id est, ut etiam hæc quarta non excludatur a Substitutione Pupillari. De qua re tamen videri dubium poterat, quia hanc velut æs alienum a testatore impubes consequitur : unde arrogator non videtur ei dedisse.

(4) Puta mulier quæ ex testamento viri capere solidum non potest in casibus Lege Papia definitis : de quo Ulpianus in *Fragment.* Tit. 16.

(5) Filii.

(6) Inclusa Parenthesi censet Antonius Faber (*Conjectur. II.* 2.) esse glossema imperiti alicujus interpretis. Nec enim videntur convenire his quæ tractantur in hac lege; cujus species est de eo qui Substitutus est pupillo qui se abstinuit hereditate. Cujacio nihil in hoc textu spurium videtur; censetque in specie hujus legis pupillum se quidem abstinuisse paterna hereditate, sed postquam jam prius illi se immiscuisset : et inde esse quod Substitutus huic pupillo creditoribus hereditatis paternæ obligetur; per hanc enim immixtionem factum esse, ut una esset hereditas patris et pupilli. Mihi satis placet conjectura Fabri; nec interesse puto, an pupillus qui se abstinuit, se primo immiscuerit necne.

hereditati); tunc hereditas et patris et filii una (1) est; et in omni ære alieno quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur. Et quemadmodum liberum ei non est post obligationem ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona væneant; ita ne separare quidem æs alienum patris et filii poterit: quo casu efficiatur ut creditoribus in eum actio dari debeat. Quod si Substitutus heres hereditatem non adierit; creditoribus patris in id quod pupillus reliquit, actio dari non debet: quoniam neque pupilli bona vænire debent propter æs alienum patris; neque in bonis patris est, quod pupillus acquisiit. *l.* 28. *ff. de Reb. auctor. jud. possid.* [a]. JAVOL. LIB. 1. EPISTOL.

Julianus in eadem sententia fuit ac Javolenus. Verum hanc improbat Marcellus; ut ex Ulpiano discimus. Ita ille: Julianus libro 26 Digestorum scripsit: Si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset; non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi Substitutus ei fuit. Inclinat enim in hoc ut putet Substitutum etiam patris onera subiturum. Quæ sententia a Marcello recte notata (2) est. Impugnat enim utilitatem pupilli (3) qui ipse saltem potest habere successorem: metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin (4) (inquit) et si frater fuit, omissa causa testamenti, ab intestato possidebit hereditatem; et quidem impune. Nec enim videtur voluisse fraudare Edictum (5), qui sibi prospicit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit: credo ita intelligendum; si non impuberis frater fuit, sed testatoris. Cæterum utique si frater a patre fratri Substitutus sit impuberi, sine dubio necessarius heres existet. *l.* 42. *ff. de Acquir. vel omitt. hered.* ULP. LIB. 4. DISPUT.

Marcelli sententiam probat etiam Papinianus. Ita ille: Si filius qui patri ac postea fratri (6) ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit; audiri debet. Justius enim Prætorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit. Etenim Jus dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere. Præsertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis præstari debent; habita ratione facultatum in Falcidia, non patris (ut alias solet), sed impuberis. *l.* 12. PAPIN. LIB. 3. QUÆST.

ARTICULUS VI.

Quando deficiat Substitutio Pupillaris.

1.° *Corruente testamento paterno Substitutio Pupillaris corruit.*

V. G. Nam et si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum; utrumque superius rumpetur. *l.* 16. § 1. POMPON. LIB. 3. AD SABIN.

Obiter nota: Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, SI VIVO SE FILIUS DECEDAT; potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet in quo filius præteritus (7) sit. *d.* § 1.

L. *Item si testamentum paternum non adita ex eo paterna hereditate deficiatur, corruet et Substitutio Pupillaris; ut jam supra vidimus. Ita adhuc docet Ulpianus.* Si ex asse heres institutus, filio exheredato Substitutus, repudiaverit patris hereditatem; cum non haberet Substitutum (8), non poterit filii adire. Nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas. Nec enim suf-

(1) Filius, quamvis se patris hereditate abstinuerit, tamen ipso Jure est heres patris; et per hoc confirmatur Substitutio Pupillaris; quæ aliuquin nemine ex testamento patris herede existente, corrueret. Cum igitur Substitutus, in hereditate filii quam ex judicio patris consequitur, inveniat titulum heredis patris: fit in ejus persona una hereditas et filii et patris. Nec potest gaudere abstinendi beneficio quod habebat filius, et quod haberet etiam heres legitimus filii: nec enim potest Substitutus, detrectare onera hereditatis testatoris, cum ex ejus judicio hereditatem impuberis consequatur. His rationibus suam Javolenus adstruebat sententiam, quam mox videbimus fuisse improbatam.

[a] *Alias* l. 13. *de Privileg. credit.*

(2) Hanc legem ita conciliare cum lege 28 ff *de Reb. auctor. jud. possid.* mox supra relata tentat Cujacius; ut d. lex 28 sit in specie in qua pupillus se abstinuit postquam se immiscuisset; hanc autem l. 42 esse in specie qua se nunquam immiscuerit. Sed hæc solutio non placet. Quum enim pupillus postquam se immiscuit, obtinuit ut posset abstinere: perinde est ac si nunquam se immiscuisset: hereditas patris in ipsius hereditate non magis hoc casu continetur. Malim igitur dicere a Javoleno et a Juliano Sabinianæ Scholæ Jurisconsultis dissensisse Marcellum diversæ Sectæ addictum, et Marcelli sententiam prævaluisse.

(3) Marcellus profundius scrutatur, ad quid porrigatur beneficium abstinendi. Cum in gratiam *Sui* heredis introductum sit; ei locus esse debet, quoties hujus *Sui* heredis interest. Atqui non solum ejus interest, ne ipse a creditoribus paternis conveniatur; sed etiam ipsius interest ne Substitutus ejus teneatur. Ipsius enim interest ut possit heredem habere; quem forte habere non posset, si Substitutus metu æris alieni paterni ab adeunda pupilli hereditate dissuaderi posset.

(4) Quod si contra eam sententiam ex sententia Juliani dicatur non posse Substitutum ex Substitutione Pupillari adeundo separare utramque hereditatem, testatoris et pupilli; poterit, si frater est, sibi consulere alio modo, et æs alienum testatoris vitare; scilicet omittendo causam Substitutionis Pupillaris, et adeundo hereditatem legitimam pupilli: nec videbitur incidere hoc casu in Edictum SI QUIS OMISSA CAUSA, *etc.* quia non hoc facit in fraudem legatariorum, sed ut sibi prospiciat adversus æs alienum patris.

(5) De quo infra Tit. *Si quis omissa causa*, *etc.* lib. seq.

(6) Exheredato scilicet, aut qui se bonis paternis abstinuerit.

(7) Hinc manifeste liquet *Liberos* (ut aiunt) *in conditione positos* non intelligi esse *in dispositione.*

(8) Per cujus aditionem potuisset testamentum patris confirmari.

ficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum ut ex eo adiri hereditas possit. *l.* 10. § 4. Ulp. lib. 4. ad Sabin.

Cæterum sufficit ut sola subtilitate Juris aliquis testatori heres ex ejus testamento extiterit.

Enimvero Si a patre institutus rogatusque hereditatem restituere, coactus ex fideicommissario adierit; quamvis cætera quæ in eodem testamento relicta sunt, per eam aditionem confirmentur (ut legata et libertates): secundas tamen tabulas non oportere resuscitari destituto jam Jure Civili testamento, Q. Cervidius-Scævola noster dicebat. Sed plerique in diversa sunt opinione; quia et pupillares tabulæ pars sunt prioris testamenti. Quo Jure utimur. *l.* 38. § 3. Paul. lib. sing. de secundis tabul.

*Quin*Etiam si contra patris tabulas Bonorum possessio petita sit (1), Substitutio tamen pupillaris valet (2); et legata omnibus præstanda sunt (3), quæ a substitutione data sunt. *l.* 34. § 2. African. lib. 4. quæst.

Vice versa quamvis ex subtilitate Juris destitutum sit testamentum patris; sufficit quod ex æquitate Prætoris sustineatur, ut sustineatur substitutio Pupillaris.

Hinc Ulpianus: Ego, etiamsi minor viginti-quinque annis adeundæ hereditatis causa fuerit restitutus; puto proficere secundis tabulis, ut Prætor utiles actiones decernat Substituto. *l.* 2. § 3. Ulp. lib. 6. ad Sabin.

Hinc etiam: Plane si omissa causa principalis testamenti, ab intestato possideatur hereditas; dicendum est et pupillo Substitutum Servandum (4). *d. l.* 2. § 1. *§ plane.*

LI. 2.° *Deficit Substitutio Pupillaris, si filius cui Substitutum est, ab hostibus vivo patre captus sit, et apud eos decesserit: quamvis secus esset si mortuo patre captus esset, Lege Cornelia in hoc casu locum habente*

Hoc docet Julianus. Lex Cornelia quæ testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt, confirmat; non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates quæ ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent. Quapropter quum pater in hostium potestate decessit, filio impubere relicto in civitate; et is intra tempus pubertatis decesserit; hereditas ad Substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset. Sed si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes; si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode [a] dicitur hereditatem ejus ex ea lege ad Substitutos pertinere (5). Si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo Legi Corneliæ locum esse; quia non efficitur per eam, ut is qui nulla bona (6) in civitate reliquit, heredes habeat. Quare etiam, si pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre in hostium potestate decesserit; patris hereditas ex Lege XII Tabularum, non filii ex Lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet. *l.* 28. Julian. lib. 62. digest.

Idem docet Scævola. Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant; quamvis prior pater decedat, Lex Cornelia ad pupilli Substitutionem non pertinebit (7), nisi reversus in civitate impubes decedat: quanquam (8) et si ambo in civitate decessissent, veniret Substitutus. *l.* 29. Scævola lib. 15. quæst.

LII. 3.° *Deficit etiam Substitutio Pupillaris, si strictum Jus spectemus, quum impubes causa cognita adrogatus alieni juris decedit. Verum hoc casu succurritur Substituto per Utiles actiones.*

Ita enim Papinianus: Causa cognita impubes adrogatus, decesserat. Quemadmodum legitimis heredibus auctoritate Principali prospicitur vinculo cautionis (9); ita si forte Substituit naturalis pater impuberi, succurrendum erit Substituto. Nam et legitimis heredibus futuris, non aliæ quam Utiles (10) actiones præstari possunt. *l.* 40. Papin. lib. 29. quæst.

(1) A fratre pupilli emancipato præterito.

(2) Sufficit enim Jure Civili valere testamentum, et ex eo testamento heredem ex subtilitate Juris civilis existere.

(3) Quatenus præstanda, vid. Tit. *de Legat. præst. contr. tab* infra lib. 37.

(4) Quum enim scriptus heres in fraudem eorum quæ testamento relicta sunt, repudiat ex causa testamenti hereditatem ut eam ab intestato adeat; Prætor sustinet testamentum, eumque heredem perinde habet ac si ex testamento adivisset; ut videb. infra. Tit. *Si quis omiss. caus. testam.*

[a] *Florent.* commode.

(5) Videtur enim mortuus tunc quum captus est; atqui jam mortuo patre captus supponitur.

(6) Sensus est: Lex Cornelia non potest efficere ut is filius qui vivo patre captus est dum erat filiusfamilias, adeoque antequam ulla bona habere potuerit, heredes habeat. Lex Cornelia eum qui apud hostes decedit, fingit mortuum tunc quum captus est: frustra autem fingetur captivus ille tunc mortuus; cum tunc filiusfamilias esset, nullaque bona haberet, adeoque heredes habere non posset.

(7) Quia quamvis pater fingatur mortuus quum captus est, tamen non defertur ejus hereditas nisi ex quo demum momento mortuus est. Nec enim potest deferri dum speratur ejus reditus. Eo autem tempore quo moritur pater, filius captivus est; adeoque non potest ei deferri. Ergo filius patri heres non extitit, nulla bona habuit, adeoque Substitutio Pupillaris inutilis est. Si filius reversus esset; fictione postliminii fingeretur semper in civitate mansisse, adeoque et ipse patri heres extitisset, et Substitutio locum habuisset.

(8) Ita legit Cujacius, pro *Quoniam.*

(9) De qua cautione vid. Instit. Tit. *de Adopt.*

(10) *Utiles,* quia filiusfamilias heredem Jure Civili habere non potest. Igitur et ejus Substituto dabuntur *Utiles* actiones.

LIII. 4.° *Maxime autem deficit substitutio Pupillaris, quum pupillus cui Substitutum est pubertatem attigit. Quinetiam* In Pupillari Substitutione licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur Substitutio pubertate. *l.* 14. POMPON. LIB. 2. AD SABIN.

Hinc Papinianus. Verbis civilibus (1) Substitutionem post quartum-decimum annum ætatis frustra fieri convenit.

Sed qui non admittitur ut Substitutus, ut adjectus heres quandoque non (2) erit : ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim quod ei testamento pater dedit. *l.* 7. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Nec miles ultra hoc tempus Substitutionem Pupillarem porrigere potest. V. G. Centurio filiis, Si intra quintum et vicesimum annum ætatis sine liberis vita decesserint, directo Substituit. Intra quatuordecim annos etiam propria bona filio Substitutus jure communi capiet : post eam autem ætatem, ex privilegio (3) militum, patris duntaxat cum fructibus inventis in hereditate. *l.* 15. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

LIV. *Non potest quidem ultra pubertatem, Substitutionem Pupillarem porrigere testator. At contra potest illam angustiori termino concludere.*

Ergo et ad breve tempus ætatis Substituere potest : ut puta, Si filius meus intra annum decimum decesserit, Titius ei [a] heres esto. *l.* 38. § 1. PAUL. LIB. SING. DE SECUNDIS TABULIS.

Igitur Si ita quis Substituerit SI FILIUS MEUS intra decimum annum decesserit, Seius heres esto; deinde hic ante quartum-decimum, post decimum, decesserit; magis est ut non possit Bonorum possessionem Substitutus petere : non enim videtur in hunc casum Substitutus. *l.* 21. ULP. LIB. 41. AD EDICT.

Itaque et si diversos Substituat post finem ætatis, admittendum erit : veluti SI INTRA decimum annum decesserit, Titius heres esto : SI POST decimum, intra quartum decimum; Mævius heres esto. *d. l.* 38. § 2.

Item quæro : Si ita facta proponatur Substitutio, FILIUS MEUS si intra decem annos decesserit, Titius heres esto; si intra quatuordecim, Mævius : filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex Substitutione ei heres erit, an et Mævius? quia certum est et intra decem, et intra quatuordecim annos filium decessisse. Respondi, Omne quidem spatium quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad Substituendum filio : sed filois hujus, pubertas est. Magis autem est in utroque eorum, tempus suum separatim servari; nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur. *l.* 43. § 1. PAUL. LIB. 9. QUÆST.

ARTICULUS VII.

De Fideicommissaria *Pupillari Substitutione.*

LV. *Hactenus de Substitutione Pupillari* Directa *egimus. Est et* Fideicommissaria; *qua pater impuberem filium heredem suum rogat, si impubes vel etiam si pubes decesserit, hereditatem restituere.*

In quo hæc a Directa differat, ex his quæ de illa Papinianus refert, intelliges. Ita ille : Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere; legitimum heredem filii, salva Falcidia cogendum patris hereditatem (ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato) restituere placuit. Nec aliud servandum, quum Substitutionis conditio puberem ætatem verbis precariis egreditur. Quæ ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit. Alioquin si non valuit, ea scriptura quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet; nisi hoc expressum (4) est. Nec (5) fideicommisso propriæ facultates filii tenebuntur. Et ideo si pater filium exheredaverit, et ei nihil reliquerit; nullum fideicommissum erit. Alioquin si legata vel fideicommissa filius acceperit; intra modum earum, fideicommissum hereditatis (6) a filio datum citra Falcidiæ rationem (7) debebitur. *l.* 41. § 3. LIB. 6. RESPONS.

Observandum hanc fideicommissariam Substitutionem, in pupillari vel in compendiosa Substitutione contentam, intelligi etiam adversus matrem legitimam pupilli heredem. Hoc circa militis cujusdam testamentum rescribunt Dioclet. Et Max. Ita illi : Si vero Substitutio in secundum casum vel expressa, vel compendio (8) non usque ad certam

(1) Id est, directis. Nam per fideicommissum ultra pubertatem Substitui potest.

(2) Eum quem pater post pubertatem filio Substituit, potuisset quidem adjicere filio coheredem; sub hac conditione *Si filius meus intra vicesimum annum ætatis decesserit,* Titium heredem instituto. Cum autem hoc potuerit facere; quare Substitutio ultra pubertatem inutiliter facta, non sustinebitur quasi esset instituto sub hac conditione primo gradu facta? Respondet Jurisconsultus negative. Et ratio est quia non hoc est quod voluit testator; non voluit ut filius coheredem haberet, sed ut interim totum haberet : non debet igitur admitti quod testator noluit. Fecit quod non potuit, non fecit quod potuit.

(3) Id est, capiet bona testatoris, tanquam heres immediate ipsius testatoris : qui ex privilegio militum potuit et filium ad certum tempus, et hunc post illud tempus heredem facere. Vid. Tit. *de Testam. milit.* lib. seq.

[a] *Florent.* mihi.

(4) Addita clausula codicillari.

(5) Etsi autem testamentum valeat; *Nec fideicommisso, etc.*

(6) *Fideicommissum hereditatis* vocat, quo filius, cui relictum est legatum, rogatus fuit UT Titium sibi heredem faceret, vel UT bona sua Titio relinqueret. Cui fideicommisso filius intra modum legati duntaxat tenetur. l. 17. § 2. ff. *Ad SC. Trebell.*

(7) Id est, non retenta Falcidia; quia soli heredes habent retentionem Falcidiæ, non autem legatarii vel fideicommissarii : l. 47. § 1. ff. *Ad L. Falcid.*

(8) Id est, hoc generali et compendioso verbo *Substituo.*

ætatem, facta reperiatur: si quidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes quos pater ei constituit et adierint hereditatem. Si vero post pubertatem; tunc ejus te Substitutionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona quæ quum moreretur patris ejus fuerint, a te peti possunt. *l.* 8. § 1. *Cod. de Impub. et aliis subst.*

SECTIO III.

De Exemplari *Substitutione.*

LVI. *Substitutio Exemplaris ea est qua parens liberis suis mente captis, si antequam resipuerint decesserint, heredem scribit.*

Exemplaris *dicta est, ex eo quod ad exemplum pupillaris Substitutionis introducta sit.*

Jure Pandectarum nonnisi ex privilegio a Principe impetrato ita Substitui poterat: deficiebatque ista Substitutio, si cessaret vitium propter quod is cui ita substituebatur, ipse testari non poterat; aut si ei Suus heres agnasceretur.

Hoc docet Paulus. Ex facto quæritur: Qui filium habebat mutum puberem, impetravit a Principe ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium: mutus duxit uxorem post mortem patris, et nascitur ei filius; quæro an rumpatur testamentum? Respondi: Beneficia quidem Principalia ipsi Principes solent interpretari. Verum voluntatem Principis inspicientibus, potest dici eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverat: et ut, quemadmodum Jure Civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita Princeps imitatus sit jus in eo qui propter infirmitatem non potest testari.

Nam et si furioso filio Substituisset, diceremus desinere valere testamentum quum resipisset: quia jam posset sibi testamentum facere. Etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, si adhuc id valere dicamus. Auferret enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam agnatione Sui heredis dicendum est rumpi Substitutionem; quia nihil interest alium heredem instituerel ipse filius postea, an jure habere cœpit Suum heredem. Nec enim aut patrem aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est; ut eum qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest quemadmodum beneficium Principale intercedat circa testamenti factionem, utrum in personam unius, an complurium. *l.* 43. Paul. lib. 9. quæst.

LVII. *Justinianus omnibus parentibus concessit ut liberis suis Exemplariter substituere possent; nec jam opus est venia Principis. Cæterum cum hoc ratione pietatis parentibus concessum sit, non vero ex jure patriæ potestatis proficiscatur; hinc inter Substitutionem pupillarem et hanc Exemplarem varia intercedunt discrimina:*

Et 1.° *in eo differunt quod is demum qui liberos in potestate habet, iisque demum quos in potestate habet, pupillariter substituere possit: contra quilibet parens utriusque sexus, cuilibet ex liberis suis Exemplariter substituere potest.*

2.° *In eo quod exheredato pupillariter Substituatur; Exemplariter autem non potest Substitui nisi relicta legitima portione. Hæc enim Substitutio sola paternæ pietatis ratione nititur: porro pius pater erga filium videri non potest, qui eum exheredat.*

3.° *Denique non quilibet in Exemplari Substitutione; quemadmodum in pupillari, Substitui potest. Sed si is cui substituitur liberos habeat, non alii quam aliquis ex illis Substitui ei possunt: et, si liberos non habeat is cui Substituitur, testator autem alios liberos habeat præter eum cui Substituit, non alii pariter possunt Substitui quam ex liberis testatoris. Ita definivit Justinianus. l.* 9. *Cod.* de Impub. et aliis subst.

APPENDIX

AD DUOS TITULOS PRÆCEDENTES.

De Heredum qualitate et differentia.

I. *In Heredibus, sive Institutis (de quibus supra Tit. V.) sive Substitutis (Tit. VI.) sive Legitimis (infra lib.* 38. *Tit.* de Suis et legitim. hered.) *quædam notantur qualitates ac differentiæ.*

Enimvero quidam Heredes dicuntur Necessarii *simpliciter; quidam* Sui ac Necessarii, *quidam* extranei *seu* Voluntarii.

Heredes Necessarii *simpliciter, sunt servi proprii a domino cum libertate instituti, aut substituti Heredes.* Necessarii *ideo dicti sunt quod hereditas, statim atque eis delata est, ipsis ignorantibus atque invitis acquiratur.*

Heredes Sui ac Necessarii *sunt liberi a parente in cujus potestate sunt, aut fuissent si vivo eo nati essent, instituti vel substituti heredes, vel ad ejus intestati hereditatem Lege vocati. Ideo dicuntur* Sui, *quod in* Sua Bona *quorum vivo patre jam quodammodo domini esse videbantur, succedant: ut jam supra observavimus Tit.* de Liber. et posth. *N.* 1. *ideo autem* Necessarii, *quod ipsis perinde ac Necessariis simpliciter, hereditas etiam ignorantibus acquiratur.*

Heredes Extranei *seu* Voluntarii *sunt cæteri heredes, sive instituti aut substituti, sive legitimi.*

Ideo dicuntur Voluntarii, *quia ipsis nonnisi volentibus acquiritur hereditas.*

Inde elucet discrimen inter hoc triplex Heredum genus; Voluntarios, et Suos et Necessarios.

II. *Duæ autem hæ posteriores heredum species, si solum Jus Civile spectemus, invicem nihil differunt. Jure autem Prætorio valde differunt: nam* Suis ac Necessariis *Heredibus Prætor beneficium abstinendi paterna hereditate concedit, ne sub ipsorum nomine bona creditoribus proscribantur: de quo beneficio agetur infra lib. seq. Tit.* de Acquir. vel omitt. hered. *Heredibus autem* Necessariis *simpliciter, tale beneficium Prætor non concedit; sed tantum ut possint sibi separare ac servare bona quæ post acquisitam defuncti hereditatem aliunde comparaverint.*

De Necessariis *utriusque generis Heredibus hic agendum: quærendumque:* 1.º *Quæ requirantur ut servus proprius domino Necessarius Heres sit;* 2.º *Quæ requirantur ut liberi parentis* Sui ac Necessarii *Heredes sint;* 3.º *Quando quis ex substitutione pupillari Necessarius pupillo Heres sit.*

ARTICULUS I.

Quæ requirantur ut servus proprius domino Necessarius Heres sit.

Ut servus testatori Necessarius Heres existat, hæc concurrere debent: 1.º *Ut testatoris servus fuerit tam tempore testamenti quam tempore mortis; et præterea, si sub conditione fuerit institutus, ut in testatoris hereditate inveniatur quum extiterit conditio;* 2.º *Requiritur ut Necessario Heredi fuerit relicta libertas quam testator ei non deberet;* 3.º *Ut eodem instanti deferantur libertas et hereditas, et ex ipso testamento libertas competat.*

§ 1. *Ut servus necessarius Heres sit, debere inspici tempus testamenti et mortis; et præterea conditionis existentis.*

III. *Servus fieri Necessarius Heres non potest, nisi qui proprius testatoris servus fuerit; et quidem ex Jure Quiritium: eum enim quem duntaxat* In bonis *habemus, Heredem inutiliter scribimus; ut supra vid. Tit.* de Hered. inst. *N.* 52.

Cæterum, cum is qui servum alienum redemit ab hostibus, interim donec luatur, ejus dominus intelligatur; potest illum sibi Necessarium Heredem facere.

Unde Ulpianus: Si servum quis alienum ab hostibus redemerit, et heredem eum cum libertate instituerit; magis puto fore eum liberum et Necessarium Heredem. Nam quum scribit ei libertatem, vinculo suo resolvit (1): et in hoc solum redit jure postliminii, non ut (2) iterum servus ejus fiat cujus erat antequam caperetur (hoc enim satis impium est); sed ut pristino domino suam æstimationem omnimodo offerat, vel maneat ei obligatus donec pretium solvat. Quod libertatis favore introductum est. *l. 71. ff. de Acquir. vel omitt. hered.* ULP. LIB. 61. AD ED.

IV. *Duobus autem temporibus servum testatoris fuisse oportet eum qui ipsi sit Necessarius Heres; nimirum tempore testamenti, et tempore mortis testatoris.*

Hinc Si alienum servum, liberum et heredem esse jussi; et is postea meus effectus est: neutrum valet, quia libertas alieno servo inutiliter data est. *l. 49. ff. de Hered. instit.* FLORENT. LIB. 10. INSTITUT.

Vice versa: Si servus qui testamenti tempore proprius testatoris erat, tempore mortis non sit ejus servus, alienatus forte aut manumissus; non erit Necessarius Heres, ut vid. supra Tit. de Hered. instit. *N.* 17.

Observandum etiam ex fictione Legis Corneliæ tempus mortis ejus qui in captivitate hostium decessit, intelligi fuisse ultimum momentum quo civis fuit. Quare servus heres scriptus (3) ab eo qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit, seu nolit; licet minus proprie (4) Necessarius Heres dicatur. Nam et filius ejus qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur; quamvis (5) Suus Heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit. *l. 12. § quare. ff. Qui testam. fac.* JULIAN. LIB. 42. DIGEST.

V. *Interest autem inter tempus testamenti et tempus mortis. Nam ut sit Heres Necessarius, sufficit si tempore testamenti vel ex parte fuerit servus testatoris; oportet vero ut tempore mortis fuerit in solidum testatoris servus.*

Hinc. V. G. Si servum communem cum libertate dominus heredem scripserit, et eum redemerit (6); Necessarius efficietur. Sed si substitutus sit impuberi, et partem redemerit impubes; Necessarius (7)

(1) Sensus est: servo alieno ab hostibus redempto libertas et hereditas a liberatore relinqui potest. Tale est enim vinculum pignoris quo liberatori tenetur, ut liberatoris servus videatur quandiu a pristino domino pretium non redditur; et possit liberator eum ad libertatem perducere resolvendo vinculum quo sibi tenetur. Quum autem sic a liberatore manumittitur, non redit jure postliminii in servitutem pristini domini, sed obligatur duntaxat ad præstandam ei suam æstimationem. Vid. l. 12. §§ 7. 8. 9. *ff. de Captiv. et postlim.* infra lib. 49.

(2) Ita legit Contius. Vulgo male *ut non.*

(3) Testamento ante captivitatem facto.

(4) Tum quia nonnisi ope fictionis *Legis Corneliæ* hereditas captivi esse poterat, tum quia nisi ejusdem fictionis ope, servus Heres scriptus videri non potest testatoris fuisse tempore mortis ejus.

(5) *Quamvis* (nisi hæc fictio auxilietur) *Suus Heres, etc.* Cæterum tantumdem hic operatur fictio quantum veritas.

(6) Et post testamentum redemerit partem socii.

(7) Nec testatoris cujus in solidum mortis ipsius tempore non erat, cum demum post testatoris mortem, pars socii redempta sit; nec impuberi, quamvis in solidum ejus sit, quia testator quem sibi Necessarium Heredem facere non potuit, nec impuberi potuit.

non efficietur, ut Julianus scribit. *l.* 6. § 3. *ff. de Hered. instit.* Ulp. lib. 4 ad Sabin.

Non ideo minus autem videtur in solidum fuisse testatoris servus, quod ususfructus ejus alienus fuerit; ut jam supra vid. Tit. de Hered. instit. *N.* 17.

Item Pignori obligatum servum, Necessarium domino posse fieri Imperator Severus rescripsit: ita tamen, si paratus sit prius creditori satisfacere. *l.* 30. Ulp. lib. 21. ad Ed.

Nisi autem creditori satisfiat, nec liber nec heres erit.

Hinc rescribit Pertinax. Is qui solvendo non est, Heredem Necessarium etiam in fraudem creditorum (1) relinquere potest. Sed si pignori datus fuisti, et in eadem causa permansisti: ne ab eo quidem debitore qui solvendo non fuit, liber et Heres Necessarius existere potuisti. *l.* 1. *Cod. de Necessar. serv. hered.*

VI. *Uno tamen casu, poterit servus esse testatori Necessarius Heres, licet tempore mortis ex parte duntaxat ejus servus fuerit: scilicet si, quum ei hereditas defertur, ex testamentis omnium dominorum simul eodemque instanti cedat ipsi libertas.*

Hinc Duo socii quemdam servum communem testamento facto, heredem et liberum esse jusseraut: ruina simul oppressi perierunt. Plerique responderunt: Hoc casu duobus orcinum (2) heredem existere. Et id est verius. *l.* 8. *ff. de Hered. instit.* Julian. lib. 2. ad Urseium-Ferocem.

Sed et si sub eadem conditione servum communem uterque socius liberum heredemque esse jussisset, eaque extitisset; idem Juris erit. *d. l.* 8. § 1.

Hoc igitur casu quo simul ex omnium dominorum testamentis servo cedit relicta libertas; Si servus communis, vel uni ex dominis vel pluribus vel omnibus Heres extiterit Necessarius; nullius eorum hereditate se poterit abstinere. *l.* 66. *ff. de Acquir. vel omitt. hered.* Ulp. lib. 61. ad Ed.

VII. *Ut servus testatoris, necessarius Heres ei existat; oportet præterea, quum sub conditione heres scriptus est, tempore existentis conditionis esse eum in hereditate testatoris.*

V. G. in specie sequenti: Testamento domini servus sub conditione cum libertate heres institutus, pendente adhuc conditione necem domini detexit, eumque Prætor mereri libertatem decrevit. Etsi postea conditio testamenti extiterit, aliunde liber est; id est ex præmio, non ex testamento. Igitur non est necessarius domino Heres: licet autem ei volenti adire. *l.* 90. *ff. de Hered. instit.* Tryphonin. lib. 21. disput.

VIII. *Vidimus quibus temporibus fuisse testatoris servum oporteat, qui ei Necessarius Heres existit. Media autem tempora non attenduntur.*

Hinc Servum meum heredem institutum cum libertate (3), si vivus vendidero ei cum quo testamenti factio non est, posteaque eum redemero; ex testamento mihi heres esse poterit. Nec medium tempus, quo apud eum fuit, vitiavit institutionem; quia verum est utroque tempore tam testamenti faciendi, quam mortis tempore meum fuisse. Unde si apud eum remanserit, vitiatur institutio; vel si cum eo testamenti factio est, jussu ejus adeundo, acquiret ei hereditatem. *l.* 50. *ff. de Hered. instit.* Ulp. lib. 6. regul.

Et alibi. Servus cum libertate heres institutus, si sit alienatus, juberi adire ab eo potest cui alienatus est (4). Sed si redemptus sit a testatore, institutio valet, et Necessarius Heres erit. *l.* 9. § 16. *d. tit.* Ulp. lib. 5. ad Sabin.

Pariter in servo testatoris qui sub conditione heres scriptus est, non attenditur tempus medium inter tempus mortis et existentis conditionis. Ita enim Aristo Neratio-Appiano rescripsit, Testamento liber esse jussus Quum annorum triginta esset, antequam ad eam ætatem perveniret, si in metallum damnatus sit, ac postea revocetur; sine dubitatione cum libertate legatum ad eum pertinere, neque metallorum pœna jus ejus mutari: nec aliud si heres esset sub conditione institutus; futurum enim eum etiam Necessarium. *l.* 46. *ff. de Manum. testam.* Pompon. lib. 7. ex variis lectionibus.

§ 2. *Oportere ut Necessario Heredi fuerit relicta libertas quam testator ei non deberet.*

IX. *Servus non potest a domino institui heres, nisi simul ei dominus justam relinquat libertatem: ut jam supra vid. Tit.* de Hered. instit. *N.* 12.

Ut autem sit domino Necessarius Heres, oportet ut dominus non debuerit ei libertatem quam ei relinquit.

Hinc Si servo fidei commissa data sit libertas; heres hunc eumdem servum cum libertate heredem reliquisset; quæsitum est an Necessarius fiat Heres? Et humanius est, et magis æquitatis ratione subnixum, non fieri Necessarium. Qui enim etiam invito defuncto poterat libertatem extorquere; is liber esse jussus non magnum videtur beneficium a defuncto consequi; imo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem. *l.* 84. *ff. de Hered. instit.* Paul. lib. 23. quæst.

Idem probandum erit et in illo servo quem testator ea lege emerat ut manumitteret, si heres fuerit institutus. Nam et hic seposito beneficio testatoris, proprio jure poterit ad libertatem pervenire ex Constitutione Divi Marci. *d. l.* 84. § 1.

Idem et in eo qui propria sua data pecunia emptus est ab aliquo. Nam et hic poterit ab ipso testatore libertatem extorquere. *d. l.* 84. § 2.

Suffragatur Ulpianus. Si quis dederit nummos

(1) Ex Lege Ælia-Sentia: supra Tit. *de Hered. instit. N.* 12.

(2) *Orcinus* libertus est qui directam libertatem accepit; estque libertus *Orci*, id est solius defuncti. In quo differt, ab eo qui fideicommissariam libertatem accepit, et est libertus Heredis.

(3) Directa.

(4) Nec proinde Necessarius erit pristino domino testatori.

domino ut manumittatur, puto huic omnimodo esse succurrendum (1). *l.* 71. § 2. *ff. de Acquir. vel omitt. hered.* ULP. LIB. 61. AD ED.

X. *Quod si servo testatoris non præsens sed in diem debebatur libertas; interim erit quidem Necessarius, die autem adveniente potest abstinere.*

V. G. Si quis hac lege emptus sit ut intra certum diem manumittatur, et cum libertate heres institutus sit: an ei succurrendum sit ut se abstineat, videamus? Magisque est ut, donec dies non extiterit, possit ei Necessarius Heres effici, et non possit sese abstinere. Sin autem dies præteritus fuerit, tunc non Necessarius sed voluntarius (2) Heres efficitur; et potest se abstinere, secundum exemplum ejus cui fideicommissaria libertas sub conditione debebatur. *d. l.* 71. § 1.

Item alibi. Qui fideicommissam libertatem sub conditione accepit, potest ab herede pure cum libertate heres institui; et non expectata conditione libertatem et hereditatem consequitur, et erit interim Necessarius: et existente conditione Voluntarius Heres efficietur; ut non desinat (3) heres esse, sed ut jus in eo mutetur successionis (4). *l.* 3. § 3. *ff. de Hered. instit.* ULP. LIB. 3. AD SABIN.

§ 3. *Oportere ut Necessario Heredi libertas et hereditas simul deferantur, et ex ipso testamento libertas competat.*

XI. *Hoc sequitur ex principiis supra relatis. Enimvero si V. G. competeret libertas servo heredi instituto, antequam institutionis conditio existeret, posset quidem esse heres, sed non Necessarius; si quidem Necessarius Heres esse non potest nisi tempore existentis conditionis sit in hereditate testatoris, supra* § 1. *Verum hoc casu, ut fieri possit Necessarius Heres, benigne receptum est ut libertas differatur in diem conditionis sub qua institutus est heres. Sic accipe quod ait Ulpianus:* Sed si in diem libertas, hereditas autem sub conditione data sit; si conditio post diem advenientem extiterit; liber et heres erit. *l.* 9. § 18. *ff. de Hered. Instit.* ULP. LIB. 5. AD SABIN.

Hinc et Pomponius. Servo libertatem pure, hereditatem sub conditione dari posse verissimum puto: ut tamen utrumque ex conditione pendeat. *l.* 21. § 1. *d. tit.* LIB. 1. AD SABIN.

Ita tamen libertas a conditione pendebit, ut differatur quandiu extitura speratur, non ut deficiente ea deficiat.

Hinc statim sequitur: Et expleta quidem conditione liber heresque erit, quocumque loco libertas data (5) fuerit; deficiente autem conditione, perinde habetur ac si libertas sine hereditate data fuerit. *l.* 22. *d. tit.* JULIAN. LIB. 30. DIGEST.

Hinc Quum servus pure liber scribitur, et heres sub conditione; placet deficiente conditione habere eum libertatem. *l.* 14. *ff. de Manum. testam.* ULP. LIB. 8. DISPUTAT.

XII. *Vice versa si servo proprio heredi instituto dies hereditatis cederet antequam libertas ei competeret; nullatenus posset esse heres. Verum (ut vid. supra Tit. de* Hered. Instit. *N.* 16.*) benigne receptum est differri institutionem donec ei competat libertas, ut possit esse heres.*

Quod si non tam ejus libertas pendeat, quam illud, an ex causa testamenti an aliunde ei competiisse videatur; cum non possit esse Necessarius Heres, nisi ex ipso testamento libertas ei competat; differetur etiam institutio, ut appareat an Necessarius, an Voluntarius Heres esse debeat.

Hoc docet Neratius in specie, in qua servum pupillo substitutum pupillus vendidit, et Titius emptor eum testamento liberum heredemque esse jussit. Ita ille: Quod ad vim autem ejus institutionis pertinet; ita se res habet, ut quandiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento libertatem hereditatemque (6) consequi non possit: si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque sit, ac si pupillo substitutus non fuisset. Si pupillo heres extitit, propius est ut Titio quoque si velit (7) heres esse possit. *l.* 54. *ff. de Hered. instit.* ¶ *quod ad vim.* NERAT. LIB. 1. MEMBRAN.

Idem docet Scævola. Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit, eumque emptor liberum heredemque instituerit, numquid (8) iste in substitutione habeat substitutus universum? Et, si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, Necessarius ex testamento emptoris Heres extitit: sin vero intra pubertatem decesserit, ex substitutione quidem

(1) Ut possit se abstinere.

(2) Non eo sensu ut jam possit Heres esse vel non esse, cum is qui heres semel fuit non possit desinere esse Heres; sed ut possit, si velit, abstinendo a bonis hereditariis, actiones non excipere.

(3) Nam qui semel heres, fuit non potest desinere esse heres.

(4) Scilicet ut qui ante invitus actionibus hereditariis erat obnoxius jam possit, abstinendo a bonis, adversus eas tueri se exceptione.

(5) Forte; sive in ipso loco institutionis, sive in alio loco testamenti.

(6) Ratio est, quia alienatio hujus servi a pupillo facta non potuit causam substitutionis pupillaris infringere. Porro eam infringeret, si pendente pupillaris substitutionis causa posset ab emptore libertatem consequi; quia postea adveniente dicto pupillaris substitutionis casu, non posset jam existere pupillo Necessarius Heres. Dicendum igitur, et libertatem ei ab emptore relictam et hujus institutionem differri debere in diem quo deficiet pupillaris substitutio: contra vero casu pupillari substitutionis adveniente, alienationem servi infirmari.

(7) Id est, Voluntarius erit.

(8) Id est, numquid habebit libertatem et hereditatem ex substitutione?

liber et heres fit, et Necessarius patri pupilli; emptori autem Voluntarius Heres extitit. *l. fin.* § 2. *ff. de Vulg. et pupill. substit.* LIB. 5. QUÆSTION. PUBLICE TRACTATARUM.

ARTICULUS II.

Quando liberi parenti Heredes Sui ac Necessarii sint.

XIII. *Ad hoc requiritur* 1°. *ut tempore delatæ ipsis Hereditatis sint in ejus familia. Non erunt igitur Sui Heredes; si ante delatam hereditatem jura familiæ amiserint.*

Hinc Sub conditione filius heres institutus, si pendente conditione adrogandum se dedit, Necessarius Heres non erit. *l.* 20. *ff. de Lib. et posth.* MODESTIN. LIB. 2. PANDECT.

Cæterum Aperturæ (1) tabularum dilatio Necessarii Heredis jus non mutat; ut solemus in Substituto impuberis dicere. Nam est relatum, si se adrogandum dederit substitutus impuberi defuncti filius, Necessarium eum fore. *l.* 3. § 4. *ff. de Hered. instit.* ULPIAN. LIB. 3. AD SABIN.

2.° *Sui ac Necessarii Heredes sunt qui tempore delatæ sibi Hereditatis proximum in familia defuncti gradum obtinent. Sed et illi tamen quos pater eorum in familia præcedit, defuncto a quo Heredes scripti sunt, Necessarii existunt, non quidem ut sibi, sed ut patri in cujus potestatem recidunt, hereditatem ignoranti et invito acquirant: ut videb. lib. seq. Tit.* de Acq. vel. omitt. hered. *N.* 3.

ARTICULUS III.

Quando quis, ex substitutione pupillari, sit pupillo Necessarius Heres.

XIV. *Ex substitutione pupillari defertur impuberis hereditas substituto; vel ut eam substitutus suo arbitrio adeat, si sit Voluntarius Heres; vel sic ut ei ignoranti et invito acquiratur, si sit Necessarius Heres.*

Quis autem pupillo Necessarius Heres? Nimirum Quos possum Heredes mihi facere Necessarios, possum et filio; ut servum meum, et fratrem Suum quamvis in rebus humanis nondum sit: posthumus igitur erit fratri Heres Necessarius. *l.* 10. § 1. *ff. de Vulg. et pupill. subst.* ULP. LIB. 4. AD SABIN.

Quemadmodum igitur (ut vid. supra. N. 5.) servum quem cum alio communem habeo; Heredem Necessarium mihi facere possum, si partem redemero; ita S. servus communis substitutus sit impuberi cum libertate, si quidem a patrefamilias fuisset redemptus, erit impuberi Necessarius.

Si vero ab impubere redemptus, non Necessarius, sed Voluntarius (2) fit Heres: ut Julianus, libro 30 Digestorum scribit.

Quod si neque a patre, neque a pupillo fuerit redemptus; æquitatis ratio suggerit ut ipse pretium partis suæ domino offerens possit et libertatem (3) et hereditatem consequi. *l.* 18. *ff. de Vulg. et pupill. subst.* ULPIAN. LIB. 16. AD SABIN.

(1) Quamvis ex Legibus Caducariis deferretur hereditas demum ex apertura tabularum Extraneis Heredibus; tamen *Suis* Heredibus ex die mortis testatoris deferebatur et acquirebatur. Hoc posito, sensus est: Quidquid contingat *Suo* Heredi post mortem testatoris intra dilationem aperturæ tabularum, non potest mutare jus ipsi ex die mortis quæsitum; adeoque, etiamsi jura familiæ amittat, perget esse testatori Necessarius Heres. Imo impuberi ex Substitutione pupillari erit Heres Necessarius, quamvis tempore delatæ pupillaris hereditatis ipse sit in extranea familia. Sufficit enim eum habuisse jura familiæ tempore mortis testatoris, cum et patris et filii unum sit testamentum.

(2) Hunc enim Necessarium Heredem facere potuisset filio, quem sibi facere potuisset: atqui hunc sibi Heredem Necessarium facere non potuisset; cum mortis suæ tempore hujus in solidum dominus non fuerit; ergo nec filio potuit.

(3) Quum scilicet libertas ipsi relicta est. Quod si sine libertate servus communis substitutus esset, domini jussu adiret.

TITULUS VII.

DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

Transfusus est in Titulum de Condition. et demonstrat. *infra lib.* 35.

TITULUS VIII.

DE JURE DELIBERANDI.

§ 1. *De Jure Pandectarum circa* Jus deliberandi.

I. Heredibus *datur tempus ad Deliberandum, an ipsis expediat hereditatem quæ ipsis delata est adire.*

Hoc tempus Jure Pandectarum solebat a testatore præfiniri; quod Cretio *vocabatur : de qua cretione agemus. Tit.* de Acquir. vel omitt. hered. *infra lib. seq.*

Quod si testator nullum tempus heredibus ad Deliberandum statuerat; hoc casu Prætor heredibus ipse ea in re succurrebat. Nam Ait Prætor : Si Tempus ad Deliberandum petet, dabo. *l.* 1. § 1. Ulp. lib. 60. ad Ed.

II. *Illis hoc tempus datur quibus delata est hereditas.*

Et, Si plures gradus sunt heredum institutorum; per singulos observaturum se ait Prætor, id quod de præfiniendo tempore Deliberationis edicit : videlicet ut a primo quoque ad sequentem translata hereditate quam primum inveniat successorem qui possit defuncti creditoribus respondere. *l.* 10. Marcell. lib. 28. digest.

III. *Et quidem non solum heredibus voluntariis datur hoc tempus ad Deliberandum; sed et Suis heredibus datur, si dubitent an retinere hereditatem sibi expediat necne; maxime si nondum se immiscuerunt aut abstinuerunt.*

Sed et Si quis Suus heres posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad Deliberandum; videamus an impetrare debeat? Magisque est ut ex causa debeat impetrare, cum nondum bona venierint. *l.* 8. Ulpian. lib. 61. ad Edict.

IV. Si servus fuerit heres institutus; utique non ipsi præstituimus tempus ad Deliberandum, sed ei cujus servus est : quia pro nullo isti habentur apud Prætorem. Itemque si plurium servus sit, utique omnibus dominis præstituemus. *l.* 1. Ulp. lib. 60. ad Ed.

V. *Jam videndum quantum sit istud tempus quod Prætor concedit. Et* Quum dicit Tempus, nec adjicit diem; sine dubio ostendit esse in jus dicentis potestate, quem diem præstituat. *d. l.* 1. § 2.

Scilicet ultra centum dies. Moribus enim hoc spatium in ea re statutum est quasi brevissimum.

Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. *l.* 2. Paul. lib. 57. ad Ed.

VI. Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam sæpius, diem ad Deliberandum datum esse; dum Prætori suadetur, tempus quod primum aditus præstituerat, non suffecisse. *l.* 3. Ulp. lib. 60. ad Ed.

Sed hoc impetrari non debet nisi ex magna causa. *l.* 4. Ulp. lib. 61. ad Ed.

VII. *Parum fuisset heredibus tempus dare ad Deliberandum, nisi fieret eis copia instrumentorum ex quibus vires hereditatis possint explorare. Ea etiam in re illis subvenit Prætor, ut* Aristo scribit, Non solum creditoribus sed et heredi instituto Prætorem subvenire debere, hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere : ut perinde instruere se possint, expediet necne agnoscere hereditatem. *l.* 5. Ulp. lib. 70. ad Ed.

Idem Aristo existimat Prætorem aditum facultatem facere debere heredi rationes defuncti ab eo petere penes quem depositæ sunt, Deliberanti de adeunda hereditate. *l.* 28. *ff. de Acq. vel omitt. hered.* Ulp. lib. 8. ad Sabin.

VIII. *Circa ea etiam quæ heredi dum Deliberat permittenda sint necne propositum est Prætoris Edictum; nimirum* Ait Prætor : Si pupilli, pupillæ nomine postulabitur tempus ad Deliberandum an expediat eum hereditatem retinere, et hoc datum sit; si justa causa videbitur, BONA INTEREA DIMINUI, nisi si causa cognita boni viri arbitratu, VETABO. *l.* 7. Ulp. lib. 60. ad Edict.

Merito Prætor impedit interim diminutionem, quandiu nomine pupilli petitur tempus ad Deliberandum. *d. l.* 7. § 1.

Quid sit autem Diminui vetabo, videamus? His verbis Prætor non tantum alienationem impedit, verum etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum ei cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere. Et ita Labeo scribit. *d. l.* 7. § 2.

In causæ autem cognitione hoc vertetur an justa causa sit ut diminuere Prætor permittat. Ergo et funeris causa diminui permittet, item eorum quæ sine piaculo non possunt præteriri.

Vescendi gratia æque diminui permittet. *d. l.* 7. § 3.

Enimvero Filius dum Deliberat, alimenta habere debet ex hereditate. *l.* 9. Paul. lib. 58. ad Ed.

Sed et ubi urget, ex aliis quoque causis permittere eum oportet; ut ædificia sarciantur; ne agri inculti sint; si qua pecunia sub pœna debetur, ut restituatur; ne pignora distrahantur. Ex aliis quoque justis causis Prætor aditus diminutionem permittit : neque enim sine permissu ejus debet diminutio fieri. *sup. d. l.* 7. § 3. ¶ *sed et ubi.*

IX. *Non solum autem filio heredi, sed (si causam alimentorum excipias) ex supra dictis causis cuivis heredi dum Deliberat alienare permittitur.*

De quovis enim herede ait Ulpianus : Si major sit hereditas et Deliberat heres, et res sunt in hereditate quæ ex tractu temporis deteriores fiunt; adito Prætore potest is qui Deliberat, sine præjudicio eas justis pretiis vendere qui possit etiam ea quæ nimium sumptuosa sint, veluti jumenta aut venalitia, item ea quæ mora deteriora fiant vendere : quique præterea curaturus sit ut æs alienum, quod sub pœna vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur. *l.* 5. § 1. ULP. LIB. 70. AD ED.

Igitur si quidem in hereditate sit vinum, oleum, frumentum, numerata pecunia; inde fieri debebunt impendia : si minus, a debitoribus hereditariis exigenda pecunia. Quod si nulli sunt debitores, aut judicem provocent; vænire debent res supervacuæ. *l.* 6. GAIUS LIB. 23. AD ED. PROVINC.

§ 2. *De separatione bonorum hereditariorum a bonis heredis, et beneficio* Inventarii.

X. *Adversus æris alieni hereditarii periculum, aliud remedium jure Deliberandi plenius Imperator Gordianus militibus tribuerat, scilicet* Separationem bonorum.

Hoc Jus ad omnes heredes porrexit Justinianus (l. 22. Cod. h. tit.) *ad eos scilicet qui juxta formam ab eo in dicta Constitutione præscriptam solenne Inventarium rerum hereditariarum confecissent. Voluitque* ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant. . . et nihil ex sua substantia penitus amittant. *d. l.* 22. § 4.

Imo actiones si quas heredes adversus defunctum habebunt, non confundentur. d. l. 22. § 9.

Igitur heres qui Inventarium confecit, intra quantitatem eo contentam duntaxat tenetur; deducto quod in funus, testamenti insinuationem et Inventarii confectionem expensum est. Et quum eam quantitatem solverit, licet posterioribus creditoribus aut etiam legatariis; nihil ab eo amplius etiam ab anterioribus creditoribus poterit exigi, nec ab iis qui res hereditarias ab ipsis comparaverunt : salvo creditoribus adversus legatarios et posteriores creditores recursu. Poterunt tamen creditores, si majorem hereditatis quantitatem fuisse contendant, de hac per tormenta servorum et aliunde exquirere : et si quid celasse heres probabitur, in duplum hoc computare tenebitur. d. l. 22. § 9 et 10.

Dum autem illud Inventarium fit; nullas actiones creditores movere possunt, nec pignora vindicare : nullo tamen circa præscriptionem præjudicio eis generando. d. l. 22. § 11.

Hoc inventarium debet inchoari intra triginta dies, ex quo heres sibi delatam esse hereditatem scivit; et intra sexaginta alios dies perfici. Si tamen heres longius absit a locis in quibus sit maxima pars rerum hereditariarum; annus a morte testatoris numerandus datur, nunquam autem plus anno. d. l. 22. § 2 et 3.

Inventarium illud per se vel per procuratores in loca ubi res sunt mittendos conficit heres, præsentibus tabulariis; subscriptionemque debet supponere quæ rerum quantitatem contineat, et Quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant. *Et si scribere non possit, debet coram testibus a quibus sit notus, specialem tabularium adhibere qui pro ipso hæc scribat; signo crucis antea manu heredis præposito.* d. l. 22. § 2.

Illud superest observandum; eos heredes non gaudere hoc beneficio qui antiquum remedium elegerint, et tempus ad Deliberandum petierint. Hoc autem tempus novem mensium voluit esse quum a Magistratu petitur, anni quum a Principe; nec nisi semel ab alterutro concedi posse. d. l. 22. § 13.

Constituit præterea ut qui Inventarium facere neglexisset; si quidem adiret, Falcidia careret; si vero repudiaret, restitueret res hereditarias his quibus interest : de quarum quantitate deferretur adversus eum jusjurandum, judice quantitatem taxante. d. l. 22. § 15.

LIBER VIGESIMUS-NONUS.

TITULUS I.

DE TESTAMENTO MILITIS.

I. De Militis Testamento ideo separatim Proconsul edixit, quod optime novit ex Constitutionibus Principalibus propria atque singularia jura in Testamento eorum observari. *l.* 2. Gaius lib. 15. ad Ed. provinc.

In hoc potissimum consistunt, quod libera eis quoquomodo voluerint Testandi facultas concessa sit. Hanc Militibus liberam testamenti factionem primus quidem Divus Julius-Cæsar concessit: sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus Divus Titus, dedit post hoc Domitianus, postea Divus Nerva pleuissimam indulgentiam in Milites contulit; eamque et Trajanus secutus est. Et exinde Mandatis (1) inseri cœpit caput tale. CAPUT EX MANDATIS: « Cum in notitiam meam pro» latum sit subinde Testamenta a commilitonibus » relicta proferri, quæ possint in controversiam » deduci si ad diligentiam legum revocentur et » observantiam; secutus animi mei integritudinem » erga optimos fidelissimosque commilitones, » simplicitati eorum consulendum existimavi: ut » quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum » voluntas. Faciant igitur Testamenta quomodo » volent; faciant quomodo poterint; sufficiatque » ad bonorum suorum divisionem faciendam, » nuda voluntas Testatoris. *l.* 1. Ulp. lib. 45. ad Edict.

Materiam hanc in tres Sectiones distribuam. In prima videbimus quibus et quando jure Militari Testari concedatur; In secunda in quo consistat Militum privilegium circa Testamenta; In tertia quando Testamentum Militare valere desinat.

SECTIO I.

Quibus et quando Jure Militari Testari concedatur.

§ 1. *Quibus hoc jus concedatur.*

II. Ex eo tempore quis jura Militari incipit posse Testari, ex quo in numeros relatus est: ante non. Proinde qui nondum in numeris sunt, licet etiam lecti tyrones (2) sint, et publicis expensis iter faciant; nondum Milites sunt: debent enim in numeros (3) referri. *l.* 42. Ulp. lib. 45. ad Ed.

Cæterum Si quis Militum ex alio numero translatus sit in alium, quamvis et hinc sit exemptus, et illo nondum pervenerit; tamen poterit jure Militari Testari. Est enim Miles, quamvis in numeris non sit. *l. un.* § 2. *ff. de Bon. possess. ex testam. milit.* Ulp. lib. 45. ad Ed.

III. *Ut ii qui nondum sunt Milites, ita et qui jam esse Milites desierunt quamvis in castris sint, Testari jure Militari non possunt.*

Hinc V. G. Tribunus militum, si intra dies certos quam successor ejus in castra venerat, manens in castris codicillos fecerit, et ibi decesserit; quoniam desinit Militis loco haberi postquam successor ejus in castra venit, ideo communi jure Civium Romanorum codicilli ejus æstimandi sunt. *l.* 20. Julian. lib. 21. digest.

IV. *Non solis autem Militibus legionariis jus Testandi jure Militari concessum est. Sed* Item Navarchos et Trierarchos (4) classium jure Militari Testari posse, nulla dubitatio est. *sup. d. l. un.* § 1. *ff. de Bon. poss. ex testam. mil.*

Sed et In classibus omnes remiges et nautæ Milites sunt. Item Vigiles (5) Milites sunt: et jure Militari eos Testari posse nulla dubitatio est. *d.* § 1.

Denique Non dubium est quin debeant ratæ voluntates esse eorum qui in hosticolo (6) suprema judicia sua quoquomodo ordinassent, ibidemque diem suum obiissent. Quanquam enim distet conditio Militum ab his personis quas Principales Constitutiones separant; tamen qui in procinctu versantur, cum eadem pericula experiantur, jura quoque eadem merito sibi vindicant. Omnes igitur omnino qui ejus sunt conditionis ut jure Militari Testari non possint; si in hosticolo deprehen-

(1) Principum ad Magistratus provinciarum (*les Commissions.*

(2) Tyrones dicti qui antequam sacramento probati sint, Milites non sunt: *Isidor.* lib. 9. cap. 8. Nimirum erant lecti juvenes, ad Militiam designati, qui publicis expensis ad arma exercebantur. *Calvin.* in verbo Tyro.

(3) *Numeros* appellant quod Græci, ΚΑΤΑΛΟΓΟΝ, Recentiores *Matriculam*: Brisson. *Select. Antiq.* lib. 2. cap. 7.

(4) *Navarchi* navi, *Trierarchi* triremi præsunt.

(5) Hi sunt nocturni custodes urbis. Militibus hic assimilantur, sicut eos jam vidimus assimilari absentibus Reipublicæ causa. Supra lib. 4. Tit. *Ex quib. caus. major.*

(6) Basilica vertunt *In hostico loco.*

dantur et illic decedant, quomodo velint et quomodo possint testabuntur: sive Præses quis sit provinciæ, sive Legatus, sive quis alius qui jure Militari Testari non potest. *d. l. un. pp.*

Et alibi rursus: Rescripta Principum ostendunt, omnes omnino qui ejus sunt gradus ut jure Militari Testari non possint, si in hostico deprehendantur ut illic decedant, quomodo velint et quomodo possint Testari: sive Præses sit provinciæ, sive quis alius qui jure Militari Testari non potest. *l. fin.* Ulp. lib. 46. ad Ed.

§ 2. *Quando Jure Militari Testari concedatur.*

V. *Hac de re ita decernit Justinianus*: Ne quidam putarent in omni tempore licere Militibus Testamenta quoquomodo voluerint componere; sancimus, his solis qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiendas beneficium. *l. 17. Cod. h. tit.*

SECTIO II.

In quo consistat privilegium Militum circa Testamenta.

Privilegium Militum circa Testamenta in eo consistit, quod in his Testamentis negligatur quidquid ex subtilitate Juris Civilis potius quam ex æquitate Juris naturalis in Testamentis requiritur.

Ut autem hæc regula fusius declaretur; privilegia Testamentorum Militarium ad quinque capita revocabimus: scilicet, 1.° Ut eo jure nonnulli Testari possint, qui jure communi non possent.

2.° Ut in his testamentis relinqui possit iis quibus non posset in cæteris.

3.° Ut solennitates extrinsecæ quæ in conficiendis Testamentis requiruntur, in Militaribus non desiderentur.

4.° Ut remittantur omnes Juris subtilitates quæ ultimam Militis voluntatem impedirent.

5.° Denique ut pleniorem interpretationem recipiant.

His sigillatim discussis, videbimus ad quæ non porrigatur privilegium Testamentorum Militarium.

ARTICULUS I.

Exponitur primum Militum privilegium; scilicet ut quidam Testari jure Militari possint, qui jure communi non possent.

VI. *Et* 1.° Si Miles incertus an sui juris sit, Testamentum fecerit; in ea conditione est Testamentum ejus ut valeat (1). Nam et si incertus an pater suus vivat (2), Testamentum fecerit; Testamentum ejus valebit. *l.* 11. § 1. Ulp. lib. 45. ad Edict.

2.° Jure Militari surdum et mutum (3) Testamentum facere posse, ante causariam missionem (4) in numeris manentem, placet. *l.* 4. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

VII. 3.° Ex Militari delicto capite damnatis Testamentum facere licet, super bonis duntaxat castrensibus (5). Sed utrum jure Militari, an jure communi, quæritur? Magis autem est ut jure Militari eis Testandum sit. Nam cum ei quasi Militi tribuatur jus testandi; consequens erit dicere, jure Militari ei Testandum. Quod ita intelligi oportet, si non sacramenti fides rupta sit. *l.* 11. Ulp. lib. 45. ad Ed.

Consonat quod rescribunt Valerianus et Gallienus. Et Militibus nostris Centurionibus quoque, ob flagitium Militare damnatis, non aliarum quam castrensium rerum Testamentum facere permittitur: et intestatis jure proprio succeditur a fisco. *l.* 13. *Cod. h. tit.*

Ex fortiori ratione; Ejus militis qui doloris impatientia vel tædio vitæ mori maluit, Testamentum valere vel intestati bona ab his qui Lege vocantur vindicari D. Hadrianus rescripsit (6). *l.* 34. Paul. lib. 14. Quæst.

Ex antiquis legibus pupillos, si Tribunatum numerorum meruissent, Testari potuisse ait Justinianus: at hoc jus improbat. l. fin. Cod. h. tit.

VIII. *Enumeravimus eos qui ex Militari privilegio habent jus Testandi, cujus jure communi forent expertes. Tale privilegium non habet miles qui captivus est. Nam* Facere Testamentum hostium potitus nec jure Militari potest (7). *l.* 10. Ulp. lib. 11. ad Sabin.

ARTICULUS II.

Quibus Testamento Militari relinqui possit.

IX. Et deportati (8), et fere omnes qui Testa-

(1) Secus de pagano: supra lib. 28. Tit. *Qui Testam. facer.* N. 14.

(2) Adeoque incertus an ipse sit paterfamilias factus.

(3) Secus de pagano. Tit. *Qui Testam. facer.* N. 17.

(4) Surdus et mutus non est idoneus ad militiam, et debet dimitti. Sed si nondum dimissus sit, potest jure Militari Testari. Causaria *missio* dicitur, quæ fit propter aliquem morbum aut infirmitatem.

(5) Cætera eorum bona, ut cujuslibet damnati bona, publicantur.

(6) Cum et in pagano idem servetur. Supra lib. 28. Tit. *Qui Testam. fac.* N. 16.

(7) Quomodo enim posset habere jura militiæ, dum servus est, adeoque pro nullo habetur?

(8) Secus in testamento pagani. Vid. supra lib. 28. Tit. *de Hered. instit.* N. 9.

menti factionem non habent, a Milite heredes institui possunt. *l.* 13. § 2. ULP. LIB. 45. AD ED.

Recte dixit FERR. *Etenim V. G.* Sed si servum pœnæ (1) heredem scribat, institutio non valebit.

Sed si mortis tempore in civitate inveniatur (2); institutio incipit convalescere, quasi nunc data hereditate.

Et generaliter in omnibus id poterit dici quos Miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere si mortis tempore talis inveniatur ut a Milite institui (3) poterit. *d.* § 2.

X. ***Sicut in Testamento Militis nonnulli possunt institui heredes qui in Testamento paganico institui non possent; ita etiam nonnulli quibus auferretur quod Testamento paganico illis relictum foret, illud sibi Testamento Militari relictum retinent.***

Non tamen etiam de omnibus hoc indistincte tenendum est. Nam. V. G. Mulier in qua turpis suspicio cadere (4) potest, nec ex Testamento Militis aliquid capere potest: ut Divus Hadrianus rescripsit. *l.* 41. § 1. TRYPHONIN. LIB. 18. DISPUT.

Item illud palam est quod Si quis se scribat heredem in Testamento Militis, non remittitur Senatusconsulti pœna (5). *l.* 15. § 3. ULP. LIB. 45. AD EDICT.

XI. ***Quæ de heredis institutione diximus, et ad legata et fideicommissa trahi possunt.*** *Igitur* Si miles deportato fideicommissum reliquerit; verius est quod et Marcellus probat, Capere eum posse. *l.* 7. § 1. *ff. de Legatis* 3.° ULP. LIB. 1. FIDEICOMMISSORUM.

Idem Marcellus notat: Cum Testamento relinquendi eni velint adepti sint filiifamilias Milites liberam facultatem; credi potest ea etiam remissa, quæ donationes mortis causa fieri prohibent. Paulus notat: Hoc et constitutum est; et ad exemplum legatorum, mortis causa donationes revocatæ sunt. *l.* 15. *ff. de Mort. caus. donat.* JULIAN. LIB. 27. DIGEST.

ARTICULUS III.

De solennitatibus Testamentorum extrinsecis in Testamento Militari remissis.

XII. ***Quomodocumque ultimam voluntatem suam declaraverit Miles, quum ei jure Militari Testari licet, hæc voluntas pro Testamento habenda est.***

Elegans exemplum affert Constantinus Imperator. Si quid (*inquit*) in vagina aut clypeo litteris sanguine suo rutilantibus annotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in prælio vitæ sortem derelinquunt; hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet. *l.* 15. *Cod. h. tit.*

XIII. *Cæterum constare oportet, serio et animo Testandi eos voluntatem suam declarasse.*

Hinc Divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit: « ID PRIVILEGIUM quod Militantibus datum » est, ut quoquomodo facta ab his Testamenta » rata sint, sic intelligi debet; ut utique prius » constare debeat Testamentum factum esse: quod » et sine scriptura et a non militantibus fieri potest. Si ergo Miles de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus ut voluntatem » suam Testaretur, ita locutus est ut declararet » quem vellet sibi esse heredem, et cui libertatem » tribuere; potest videri sine scripto hoc modo » esse Testatus, et voluntas ejus rata habenda est. » Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) » dixit alicui: EGO TE HEREDEM FACIO, aut, TIBI » BONA MEA RELINQUO: non oportet hoc pro Testamento observari. Nec ullorum magis interest » quam ipsorum quibus id privilegium datum est, » ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non » difficulter post mortem alicujus Militis, testes » existerent qui affirmarent se audisse dicentem » aliquem relinquere se bona cui visum sit: et per » hoc judicia vera subvertuntur ». *l.* 24. FLORENT. LIB. 10. INSTIT.

XIV. ***Ex regula quam statuimus, quamlibet Militis voluntatem (quum ei jure Militari testari licet) pro Testamento habendam, plura deduci possunt corollaria.***

Corollarium Primum. Miles si Testamentum imperfectum relinquat; scriptura quæ profertur, perfecti Testamenti potestatem obtinet (6). Nam militis Testamentum sola perficitur voluntate. *l.* 35. PAUL. LIB. 19. QUÆST.

Quique plura per dies varios Scribit, Sæpe facere testamentum videtur. *d. l.* 35.

Corollarium Secundum. Militis Testamentum valet, quamvis destinasset illud in scripturam redigere, et ante decesserit; modo ejus ultima voluntas constet.

V. G. Lucius-Titius Miles notario suo Testamentum scribendum Notis dictavit; et antequam litteris perscriberetur, vita defunctus est. Quæro an hæc dictatio valere possit? Respondi, Militibus quoquomodo veliut et quomodo possunt, Testamentum facere concessum esse: ita tamen ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur. *l.* 40. PAUL. LIB. 11. RESPONS.

Corollarium Tertium. Idem obtinet si destinasset jure communi testari, et ante decesserit.

Tamen Si Miles qui destinaverat communi Jure Testari, ante defecerit quam testaretur; Pomponius dubitat. Sed cur non in Milite diversum probet (7)? Neque enim qui voluit jure communi

(1) Puta; damnatum ad metallum, ad bestias.

(2) Eo quod restitutionem a Principe impetraverit.

(3) Secus in Testamento paganico. Supra lib. 28. Tit. *de Hered. instit.* N. 24.

(4) Stupri scilicet cum Milite. l. 14. *ff. de His quæ ut indign.*

(5) Liboniani; de quo vide infra lib. 48. Tit. *de Leg. Cornel. de fals.*

(6) Secus in pagano. Vid. supra Tit. *Qui Testam. facer. poss.* N. 46.

(7) Diversum ab eo quod circa paganum observatur: scilicet ut Militis qui jure communi testari inchoavit, voluntas pro Testamento sit.

Testari, statim beneficio Militari renunciavit : nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia ; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus : quemadmodum plerique pagani solent, quum Testamenta faciunt per scripturam, adjicere VELLE hoc etiam vice codicillorum valere. Et quisquam dixerit, si imperfectum sit Testamentum, codicillos non esse? Nam secundum nostram sententiam, etiam Divus Marcus rescripsit. *l.* 3. ULP. LIB. 2. AD SABIN.

XV. *Corollarium Quartum. Militis voluntas Testamentum quod ante non jure fecit (aut quod, quum rite illud fecisset, irritum factum est) ratum esse volentis, observari debet ; utpote cum hæc voluntas ipsa, pro Testamento habeatur.*

Hinc generaliter Testamentum ante militiam factum a Milite, si in militia decesserit, jure militari valere; si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit. *l.* 15. § 2. ULP. LIB. 45. AD. EDICT.

Hoc ita accipiendum est, si Miles ab hac voluntate se non recessisse aliquomodo declaravit.

V. G. Quum aliquis facto Testamento militare cœperit; id quoque testamentum quod antequam militare cœperit fecerat, aliquo casu intelligitur Militiæ tempore factum : veluti si tabulas inciderit, et legerit Testamentum, ac rursus suo signo signaverit : amplius, si et aliquid interleverit, perduxerit, adjecerit, emendaverit. Quod si nihil horum inciderit, Testamentum ejus ad privilegia Militum non pertinebit. *l.* 20. § 1. JULIAN. LIB. 21. DIGEST.

Item Titius prinsquam Tribunus legionis factus esset, Testamentum fecit; et postea cinctus manente eodem defunctus est? Quæro an Militis Testamentum videatur esse? Marcellus respondit : Testamentum quod ante Tribunatum fecisset, nisi si postea ab eo factum, dictum, esse probaretur quod valere vellet, ad commune jus pertinet. Constitutionibus enim Principum, non Militum Testamenta, sed quæ a Militibus facta sunt, confirmantur. Sed plane fecisse Testamentum eum interpretandum est, qui se velle Testamentum quod ante fecerat valere aliquo modo declaravit. *l.* 25. MARCELL. LIB. SINGUL. RESPONS.

XVI. *Sed ut Testamentum quod ab initio non valuit, ex nova Militis voluntate confirmatur ; ita et illud quod ruptum est.*

Idemque erit dicendum et si nato filio, vivo se, maluit eodem Testamento durante decedere. Nam videtur jure Militari refecisse Testamentum. *l.* 9. ULP. LIB. 9. AD SABIN.

Ut est rescriptum a Divo Pio in eo qui, quum esset paganus, fecit Testamentum, mox militare cœpit. Nam hoc quoque, Jure militari incipiet valere; si hoc maluit Miles. *d. l.* 9. § 1.

Suffragatur Tertyllianus : Si filiusfamilias fecisset Testamentum more Militiæ, deinde post mortem patris posthumus ei nasceretur; utique rumpitur ejus Testamentum. Verum si perseverasset in ea voluntate ut vellet adhuc illud Testamentum valere; valiturum illud, quasi rursum illud factum : si modo militaret adhuc eo tempore quo nasceretur illi posthumus. *l.* 33. TERTYLLIAN. LIB. SING. DE CASTRENSI PECULIO.

Item quamvis per posterius Testamentum rumpatur prius, licet heres qui ex hoc posteriori Testamento sperabatur, non extiterit : tamen si Miles declaraverit velle se eo casu ad prius Testamentum redire, valebit prius Testamentum ex hac nova voluntate.

An autem ita ad prius rediisse intelligetur, ut nihil ex his quæ in posteriori continentur, ratum sit? Hac de re ita Papinianus : Centurio secundo Testamento posthumus heredes instituit, neque substitutos dedit; quibus non editis (1) ad superius Testamentum se redire testatus est. Cætera quæ secundo Testamento scripsit, esse irrita placuit; nisi nominatim ea confirmasset ad priorem voluntatem reversus. *l.* 27. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

XVII. *Uno verbo ad faciendum, mutandum, rescindendum, renovandum Testamentum, nuda Militis voluntas sufficit.*

Hinc Ulpianus : Sicut autem hereditatem Miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. Denique si cancellaverit Testamentum suum vel inciderit, nullius erit momenti. Si tamen Testamentum cancellaverit (2), et mox valere voluerit; valebit ex suprema voluntate. Et ideo quum Miles induxisset Testamentum suum, mox annulo suo signasset : qui super ea re cogniturus erit, considerabit quo proposito id fecerit. Nam si mutatæ voluntatis eum pœnituisse probatur, renovatum Testamentum intelligetur. Quod si ideo, ne ea quæ scripta fuerint legi possint; causa irriti facti judicii potior existimabitur. *l.* 15. § 1. ULP. LIB. 45. AD ED.

ARTICULUS IV.

De subtilitatibus Juris in Testamento Militari remissis.

In Testamentis Militum, quidquid ex subtilitate Juris proficiscitur, non observatur. Hoc magis innotescet ex enumeratione plurium hujuscemodi subtilitatum.

§ 1. *De præteritione liberorum.*

XVIII. *Ex subtilitate Juris est, quod liberi aut heredes instituti aut exheredari debeant : iis præteritis, Testamentum nullum sit.*

Hæc autem subtilitas in Testamento Militis non observatur. Hinc Qui Jure Militari testatur, etsi

(1) Ita Cujacius recte emendat. Vulgo *additis.*

(2) Et quidem Testamentum Militare quod Testator cancellat, ipso Jure infirmatur. Pagandico autem ita cancellato denegantur heredi actiones; at vid. lib. præced. Tit. *de His quæ in test. del.*

ignoraverit prægnantem uxorem, vel non fuit prægnans; hoc tamen animo fuit ut vellet quisquis sibi nascetur exheredem esse; Testamentum non rumpitur (1). *l.* 7. ULP. LIB. 9. AD SABIN.

Idem est et si adrogaverit filium, nepos ve successerit in locum filii, *l.* 8. MARCELL. LIB. 10. DIGEST.

XIX. *Ita demum autem præteritio filii aut posthumi, Testamento Militari non nocet: si pater hunc se filium habere scivit aut ejus voluntatis fuit ut quisquis sibi nasceretur nihilominus Testamentum valeret; eaque illius voluntas constet.*

Cæterum quum Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse prægnantem, ventris non habuit mentionem; post mortem patris filia nata, ruptum esse Testamentum apparuit, neque legata deberi. Si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset; Utilibus actionibus filiæ datis ob improvisum casum esse revocanda: nec institutum, cum bonæ fidei possessor fuerit, quod inde servari non potuisset, præstare. *l.* 36. § 2. PAUL. LIB. 6. RESPONS.

Sed et si vivo Milite posthumus ei agnascatur, rumpetur ejus Testamentum; nisi consulto eum præteriisse videatur.

Secundum quæ, si filiusfamilias Miles Testamentum fecerit, et omiserit posthumum per errorem, non quod volebat exheredatum; deinde posthumus post mortem avi, vivo adhuc filio (id est, patre suo) natus fuerit; omnimodo rumpit illius Testamentum. *l.* 33. § 2. TERTYLLIAN. LIB. SING. DE CASTR. PECUL.

Obiter nota. Sed si quidem pagano jam illo facto natus sit, non convalescet ruptum. Si vero militante adhuc natus fuerit, rumpetur: deinde si voluerit ratum illud esse pater, convalescet; sic quasi denuo factum. *d.* § 2.

XX. *His quæ hactenus diximus de posthumo qui Militi agnascitur, consonat quod rescribit Philippus:* Si, quum vel in utero haberetur filia inscio patre Milite, ab eo præterita sit; vel quum in rebus humanis eam non esse falso rumore perlato pater putavit, nullam ejus in Testamento fecit mentionem: silentium hujusmodi exheredationis notam nequaquam infligit. Is autem Miles qui Testamento filiam suam appellavit, eique legatum dedit; non instituendo eam heredem, exheredavit. *l.* 10. *Cod. h. tit.*

Pariter Gordianus: Sicut certi Juris est Militem qui scit se filium habere, aliosque scripsit heredes, tacite eum exheredare intelligi: ita, si ignorans se filium habere alios scribat heredes, non obesse filio ademptam hereditatem, sed minime valente Testamento, si sit in potestate, eum ad successionem venire in dubiis non habetur. *l.* 9. *Cod. h. tit.*

§ 2. *De heredis institutione.*

XXI. *Ex Juris subtilitate proficiscitur ut quis in Testamento heredem instituere debeat; a cujus institutione et aditione pendeat quidquid Testamento continetur.*

Hæc subtilitas in Testamentis Militum non observatur.

Hinc 1.° Si eodem Testamento Miles eumdem heredem deinde exheredem scripserit, adempta videtur hereditas (2): quum in paganorum Testamento sola hereditas exheredatione adimi non possit (3). *l.* 17. § 2. GAIUS LIB. 15. AD ED. PROVINC.

Hinc 2.° *Miles* Item tam sibi quam filio Jure Militari Testamentum facere potest; et soli filio, tametsi sibi non fecerit. Quod Testamentum valebit, si forte pater vel in Militia vel intra annum Militiæ decessit (4). *l.* 15. § 5. ULP. LIB. 45. AD ED.

Hinc etiam Si Militis adita non fuerit hereditas; an substitutio quam pupillo fecit valeat, quæritur? Et consequens erit hoc dicere, quia permittitur Militem filio facere Testamentum, quamvis sibi non fecerit. *l.* 41. § *fin.* TRYPHON. LIB. 18. DISPUT.

§ 3. *De regula Juris:* Nemo potest partim testatus, partim intestatus decedere; et *altera regula:* Qui semel heres fuit, non potest desinere esse heres; *et de utriusque regulæ consectariis.*

Hæ regulæ ex Juris subtilitate proficiscuntur; adeoque in Testamento Militari non observantur.

XXII. *Primum utriusque regulæ consectarium est, quod heres ex die aut ad diem scribi non potest.*

Secus in Testamento Militari. Nam Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus, vel ex conditione vel in conditionem. *sup. d. l.* 15. § 4.

V. G. Miles ita heredem scribere potest: QUOAD VIVIT TITIUS, HERES ESTO; POST MORTEM EJUS, SEPTICIUS. Sed si ita scripserit, TITIUS USQUE AD ANNOS DECEM HERES ESTO, nemine substituto; intestati causa post decem annos locum habebit. Et quia diximus ex certo tempore, et usque ad certum tempus Milites posse instituere heredem; his consequens est ut, antequam dies veniat quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur; et quod in bonorum (5) portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio (licet non modicum sit) ex eodem privilegio competat. *l.* 41. TRYPHONIN. LIB. 18. DISPUTAT.

Consonat Gordianus: Certi Juris est militem ad tempus etiam heredem instituere posse. *l.* 8. *Cod. h. tit.*

Hinc emergit quæstio: Si quis a Milite heres ad

(1) Supra tamen N. XVI. ex l. 33. h. tit. dictum est *ruptum esse.* Vid. N. seq. quomodo hæc concilianda sint.

(2) Et quidem sola; non etiam legata, et reliqua quæ Testamento continentur.

(3) Sed cætera simul corruunt.

(4) Nam alioquin Testamentum definit jure Militari valere: ut videb. infra Sect. 3.

(5) Scilicet ut ex certa duntaxat parte; aut ex certis rebus heredem instituat, reliqua in causa intestati relinquat: ut mox videb.

tempus scriptus esset, et alius ex tempore; quæritur an posterior heres a priore relicta legata debet? Et arbitror hunc non debere, nisi alia voluntas Militis probetur. *l.* 19. § *fin.* ULP. LIB. 4. DISPUTAT.

XXIII. *Ex eo autem quod Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus; illud sequitur, quod etiam jure directo extraneis* Milites etiam his qui heredes eis extiterunt, po sunt substituere: in his duntaxat quæ sunt ex Testamento eorum consecuti. *l.* 5. ULP. LIB. 4. AD SABIN.

Hinc (Exheredato) Miles (1) et emancipato filio substituere potest. Verum hoc jus in his exercebatur quæ ab ipso ad eum cui substituit pervenerint, non etiam in his si quæ habuerit vel postea acquisierit. Nam et si filio suo, vivo adhuc avo, substituit, post acquisitam ei avi hereditatem, nemo diceret ad substitutum pertinere. *l.* 41. § 4. TRYPHONIN. LIB. 18. DISPUT.

XXIV. *Secundum primæ regulæ consectarium est; quod inter plures heredes, portiones deficientium aut repudiantium cæteris heredibus scriptis accrescant, nec pertineant ad heredes legitimos.*

Hoc autem in Testamento Militari non observatur nisi suffragetur Militis voluntas.

Hinc Si duobus a Milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem; pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse: quia Miles et pro parte Testari potest. Et competit patrono ab intestato Bonorum possessio: nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. *l.* 37. PAUL. LIB. 7. QUÆST.

Consonat quod rescribit Antoninus. Frater tuus Miles si te specialiter in bonis quæ in paganico habebat heredem fecit; bona quæ in castris reliquit, petere non potes: etiamsi is qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit. Sed ab intestato succedentes veniunt: modo si in ejus locum substitutus non es, et liquido probetur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse. Nam voluntas Militis in expeditione (2) occupati pro Jure servatur. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

XXV. *Tertium primæ regulæ consectarium est, ut si testator de tota hereditate sua non disposuit, sed heredem ex certa re aut ex certa hereditatis parte duntaxat scripserit; reliquum hereditatis accrescat. Hoc pariter in Testamento Militari non servatur,*

Hinc Si Miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse. Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. *l.* 6. ULP. LIB. 5. AD SABIN.

Item Antoninus: Miles si castrensium tantummodo bonorum commissionem suum instituit heredem; cætera bona ejus intestati defuncti mater ejus jure possidebit. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

Et quidem etiam Si filius familias ignorans patrem suum decessisse, de castrensi peculio in militia testatus sit: non pertinebunt ad heredem ejus, patris bona; sed sola castrensia. *l.* 11. § 2. ULP. LIB. 45. AD ED.

Milites enim ea duntaxat quæ haberent (3), scriptis relinquunt. *l.* 12. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Obiter nota. Idem est et si de Testamento mutando cogitavit; non quia adimere volebat castrensia bona heredi scripto, sed quia de paternis Testari volebat et alium heredem scribere. *l.* 13. ULP. LIB. 45. AD ED.

Sed si jam veteranus (4) decessit; universa bona etiam paterna ad heredem pertinere castrensium Marcellus libro 11 Digestorum scribit. Neque enim jam potuit de parte bonorum Testari. *d. l.* 13. § 1.

Non intelligitur autem Miles de parte duntaxat bonorum suorum disponere, ex eo quod heredes scripserit ex paucioribus unciis quam duodecim; sed magis in pauciores partes totam hereditatem suam divisisse quam in duodecim.

Hinc Antoninus: Quanquam Militum Testamenta Juris vinculis non subjiciantur, cum propter simplicitatem Militarem, quomodo velint et quomodo possint ea facere his concedatur: tamen in Valeriani quondam Centurionis Testamento institutio etiam Jure communi accepit auctoritatem. Nam et cum paterfamilias filiam ex duabus unciis, uxorem ex uncia heredes scripserit; nec de residuis portionibus quicquam significaverit: in tres partes divisisse eum apparet hereditatem; ut duas habeat, quæ sextantem accepit; tertiam, quæ ex uncia heres est instituta. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

XXVI. *Vidimus ex privilegio Militem posse in Testamento Militari de certa re aut parte hereditatis duntaxat disponere. Illud autem cum pagano commune habet, quod* Si certarum rerum heredes instituerit Miles; veluti alium urbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium cæterarum rerum; valebit institutio: perindeque habebitur atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas

(1) Plusquam probabile est quod censet Viglius, etsi nullius codicis auctoritate nitatur, vocem hanc [*exheredato*] loco suo motam esse; et ad § præcedentem, tertium scilicet ejusdem legis (infra N. 33.) pertinere: in quo nempe Jurisconsultus quærit an miles a substituto exheredati possit legare? Respondet, *Non posse; licet ampla legata reliquerit* [EXHEREDATO]. Ita addita vocis hujus omnino genuinus locus et sensus est: quæ contra hic in § 4. manifeste abundat. Non enim quia exheredatus, sed quia emancipatus est filius militis, substitutio in his duntaxat *quæ a testatore ad ipsum pervenerint*, potest valere.

(2) Hæc verba *in expeditione occupati* a Triboniano addita suspicatur Heineccius; cum a Justiniano demum constitutum fuerit ut nonnisi quum in expeditione essent, eo jure uti possint: *supra* Sect. 1. § 2. Similis interpolatio in l. 15. Cod. h. tit.

(3) Id est, quæ habere se sciunt.

(4) Post annum a die missionis.

per præceptionem cuique legando (1) distribuisset. *l.* 17. GAIUS LIB. 15. AD ED. PROVINC.

Observandum autem quod Julianus etiam ait : Si quis alium castrensium rerum, alium cæterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi; ut etiam in æs alienum quod in castris contractum esset, solus is teneatur qui castrensium rerum heres institutus esset; extra castra contracto ære alieno is solus obligetur, qui cæterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse; ut, prout ex quaqua causa debeatur Militi, vel huic heredi, vel illi ipso Jure debeatur. Quod si alterutra pars bonorum æri alieno quod ex ea causa pendebit, non sufficiat; et propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est, non adierit, alterum qui adisset, compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam creditoribus solvere. *d. l.* 17. § 1.

§ 4. *De regula Juris quæ non patitur aliquem cum pluribus Testamentis decedere.*

XXVII. *Hæc etiam regula non observatur in Testamento Militari : nec per posterius ejus Testamentum rumpitur prius, nisi quoad ea de quibus in posteriori disposuit.*

Hinc Miles castrensium bonorum et non castrensium diversis heredibus institutis, postea castrensium bonorum alios heredes instituit. Prioribus tabulis tantum abstulisse videtur quantum in posteriores contulerit; nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus heres scriptus fuisset (2). *l.* 36. § 1. PAUL. LIB. 6. RESPONS.

Inde etiam sequitur quod possit Miles codicillis ad Testamentum scriptis heredem scribere. Nil enim repugnabit ut hi codicilli ipsi Testamentum esse videantur.

Enimvero Militis codicillis ad Testamentum factis, etiam hereditas jure videtur dari. Quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit; Testamento scriptus ex asse heres, partem dimidiam habebit. legata autem Testamento data communiter debentur. *d. l.* 36.

In specie autem sequenti quæstio est, an eum pluribus Testamentis decedere voluisse testator intelligi debeat?

Quærebatur, si Miles qui habebat jam factum Testamentum, aliud fecisset; et in eo comprehendisset fidei heredis committere, ut priores tabulæ valerent; quid Juris esset? Dicebam, Militi licet plura Testamenta facere : sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt si hoc specialiter expresserit; nec superius per inferius rumpetur, cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere. Quinimo et si codicillos ante fecerat, poterit eos per Testamentum sequens cavendo, in potestatem institutionis redigere; et efficere directam institutionem quæ erat precaria. Secundum hæc, in proposito referebam; Si hoc animo fuerit miles ut valerat prius factum Testamentum, id quod cavit valere oportere : ac per hoc effici ut duo Testamenta sint. Sed in proposito cum fidei heredis committatur ut valeat prius Testamentum; apparet eum non ipso Jure valere voluisse, sed magis per fideicommissum; id est in causam fideicommissi et codicillorum, vim prioris Testamenti convertisse. *l.* 19. ULP. LIB. 4. DISPUT.

Utrum autem totum Testamentum in eam causam conversum sit, hoc est et heredis institutio; an vero legata tantum et fideicommissa et libertates, quæritur? Sed mihi videtur non solum cætera præter institutionem heredis, sed et ipsam institutionem in causam fideicommissi vertisse; nisi aliud Testatorem sensisse probetur. *d. l.* 19. § 1.

§ 5. *De subtilitatibus Juris quæ etiam in Testamentis Militaribus observantur.*

XXVIII. *Eæ demum subtilitates Juris in Testamentis Militaribus non observantur quæ ultimam Militis voluntatem subverterent; illæ vero observantur quæ ad ultimas voluntates conservandas valent.*

Hinc V. G. Si filiusfamilias Miles captus apud hostes decesserit, dicemus Legem Corneliam etiam ad ejus Testamentum pertinere (3). *l.* 39. PAUL. LIB. 9. QUÆST.

Hinc quoque Si a Milite scriptus heres sua sponte adierit hereditatem, et rogatus totam hereditatem restituerit; ex Trebelliano transeunt actiones. *l.* 29. MARCELL. LIB. 10. DIGEST.

Hinc etiam observatur in Testamento Militari ea Juris regula, quæ non patitur ultimam voluntatem posse pro parte agnosci et pro parte repudiari. Unde Si secundum probabilem voluntatem Militis hereditas ejus non adeatur; nec res castrenses heredibus competunt. *l.* 32. MODESTIN. LIB. 9. REGUL.

ARTICULUS V.

De pleniori interpretatione quam recipiunt Testamenta Militaria.

XXIX. *Nonnullis casibus largiorem interpretationem recipiunt ea quæ in testamento Militari continentur, quam quæ in paganico.*

Exemplum in promptu est. In paganico Testamento ex eo solo quod Testator proprio servo legaverit, non intelligitur ei reliquisse libertatem; et eo casu nec legatum nec libertas debebitur : ut videb. infra ad Titulos de Legatis *Part.* 1.

(1) Unde singuli pro virili in onus æris alieni succedent; non pro rata æstimationis earum rerum. Hæc enim existimatur fuisse ejus voluntas, nisi diversum probetur.

(2) Ei enim duntaxat videntur adempta castrensia.

(3) Ut fingatur decessisse civis tunc quum captus est, et Testamentum ejus valeat.

Contra Paulus respondit, Ex Testamento ejus qui jure militari Testatus esset, servum qui (licet sub conditione) legatum meruit, etiam libertatem posse sibi vindicare (1). *l.* 40. § 1. PAUL. LIB. 11. RESPONS.

Hoc a fortiori obtinebit; si Miles hunc servum cui legatum reliquit, appellavit LIBERTUM: *quamvis nec hoc sufficeret in paganico Testamento.*

Hinc Alexander. Ex his verbis FORTUNATO LIBERTO MEO DO LEGO, vindicare tibi libertatem non potes; si pagani Testamentum proponatur. At enim cum testatorem Militem fuisse proponas, si non errore ductus libertum te crediderit, sed dandæ libertatis animum habuerit; libertatem equidem directam competere tibi, sed et legati vindicationem habere te prærogativa Militaris privilegii præstat. *l.* 7. *Cod. h. tit.*

Aliud est, si Miles eum liberum credebat. Nam Si servum proprium quem liberum esse credidisset, Miles heredem sine libertate instituit; in ea conditione est ut institutio non valeat (2). *l.* 13. § 3. ULPIAN. LIB. 45. AD ED.

XXX. *Observatur etiam in Militum Testamento; ut, quum ad tuendam eorum voluntatem opus est, verba precaria trahantur ad sensum directum.*

V. G. Cum miles in Testamento suo servo libertatem dederit, eidemque et a primo et a secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquerit; quæ nvis et primus heres et substitutus priusquam adierint hereditatem mortem obierunt, non debere intestati exitum facere Imperator noster cum Divo Severo rescripsit: sed perinde habendum est, ac si eidem servo libertas simul et hereditas directa data esset; quæ utraque ad eum pervenire testatorem voluisse negari non potest. *d. l.* 13. § *fin.*

Obiter nota. Tractabatur an tale aliquid et in paganorum testamentis indulgendum esset? Et placet non sine distinctione hoc fieri: sed, si quidem vivo testatore et sciente decessissent, nihil novi statuendum; si autem ignorante aut post mortem ejus, omnimodo subveniendum. *l.* 14. MARCIAN. LIB. 4. FIDEICOMMISSORUM.

Circa aliam speciem Paulus sic respondit: Lucius-Titius Miles ita Testamentum fecit: PAMPHILA SERVA MEA EX ASSE MIHI HERES ESTO. Alio deinde capite Sempronio commilitoni suo eamdem Pamphilam reliquit, cujus fidei commisit ut eam manumitteret. Quæro an heres esset Pamphila, atque si directo accepisset libertatem? Respondi, Intelligendum Militem qui ancillam suam heredem instituerat, ignorasse posse ex ea institutione etiam libertatem ei competere: et ideo sine causa postea a commilitone petisse ut eamdem manumitteret, cum ex priore scriptura libera et heres effecta est. Postea nullo præjudicio voluntati facto, frustra legata est. *l.* 40. § 2. PAUL. LIB. 11. RESPONS.

ARTICULUS VI.

Ad quæ non porrigantur privilegia Testamentorum Militarium.

XXXI. *Privilegia Testamentorum Militarium non eo producuntur ut quid contra bonos mores aut contra Leges ordinare possit Miles.*

Corollarium Primum. Edictum Prætoris quo jusjurandum heredibus (3) institutis legatariisque remittitur, locum habet etiam in Militum Testamentis, sicut etiam in fideicommissis.

Idemque si turpis esset conditio. *l.* 29. § 2. MARCELL. LIB. 10. DIGEST.

Corollarium Secundum. Captatorias (4) institutiones etiam in Militis Testamento nullius esse momenti manifestum est. *l.* 11. *Cod. h. tit.* PHILIPPI.

Corollarium Tertium. Dotalem fundum si legaverit Miles, non erit ratum legatum, propter Legem Juliam (5). *l.* 16. PAUL. LIB. 43. AD ED.

Corollarium Quartum. Miles in Testamento suo manumittendo nihil efficit in eo cujus libertas Lege Ælia Sentia vel aliqua impeditur. *sup. d. l.* 29. § 1.

Igitur 1.° Si Miles Jure Militari Testamento facto libertates dederit in fraudem creditorum, et non solvendo moritur; impediuntur libertates. *l.* 8. § 1. *ff. Qui et a quib. manum.* AFRICAN. LIB. 3. QUÆST.

In fraudem plane creditorum nec Miles amplius quam unum necessarium facere poterit. *l.* 15. ULPIAN. LIB. 45. AD ED.

2.° *Pariter* Nec Militi minori annis viginti permittitur (6) posse Testamento suo servum manumittere. *l.* 3. *ff. de Manum. testam.* POMPON. LIB. 1. AD SABIN.

Hinc Alexander: Si Rufinus vir Clarissimus Tribunus Laticlavius, major annis Lege definitis, faciens Testamentum te manumisit; justam tibi libertatem competisse scire debes. Quod si minor annis ex Lege constitutus fuerit quum faceret Testamentum; Lege impediente nullam libertatem adeptus es, quæ in hac parte nec Militibus remissa est. *l.* 4. *Cod. h. tit.*

Nota: Cæterum sufficit ut menti Legis satisfiat. Hinc pergit Alexander. Quod si idem testator causam manumittendi te habuit quæ probabilis

(1) Hoc enim ad ultimam voluntatem confirmandam valet; modo Miles sciverit eum servum suum, ut mox videb.

(2) Nam non potest intelligi habuisse voluntatem relinquendæ libertatis ei quem credebat liberum.

(3) Vid. Tit. *de Cond. et demonstrat.* infra lib. 35.

(4) Quæ illæ sint, vid. lib. præced. Tit. *de Hered. instit.* Part. 2. § 7.

(5) Quæ hujus alienationem inhibet. Vid. Tit. *de Fund. dotal.* supra lib. 23.

(6) Vetat enim Lex Ælia-Sentia. Vid. Tit. *Qui et a quib. manum.* infra lib. 40.

(vivo manumittente) Consilio futura esset: quia per fideicommissum data libertas a quolibet Minore annis ei cujus causa probari potuit, præstari debet: ex Testamento Militis hujusmodi servis justam libertatem competere consequens est. *d. l.* 4. *Cod.*

XXXII. *Item privilegia Militum non eo producuntur ut jus alienum lædere possint.*

Hinc Quum filiusfamilias Miles decessisset filio impubere herede instituto, eique substituisset in avi potestate manenti tutoresque dedisset: Divi Fratres rescripserunt, substitutionem quidem valere (1); tutoris autem dationem non valere: quia hereditati quidem suæ Miles qualem vellet substitutionem facere potest, verumtamen alienum jus minuere non potest. *l.* 28. ULPIAN. LIB. 36. AD SABIN.

Enimvero Nec tutorem ei qui in aliena est potestate, Miles dare potest. *l.* 41. § 2. TRYPHONIN. LIB. 18. DISPUTAT.

Hinc etiam non potest Miles Quartam patrono suo aut parenti manumissori debitam auferre, in bonis scilicet paganicis.

Ergo Patri ejus qui in emancipatione ipse manumissor (2) extitisset, contra tabulas Testamenti daudam Bonorum possessionem partis debitæ placet; exceptis his rebus quas in castris acquisisset, quarum liberam Testamenti factionem habet. *l.* 29. § 3. MARCELL. LIB. 10. DIGEST.

Nam in bona castrensia non esse dandam contra tabulas filii Militis bonorum possessionem Divus Pius-Antoninus rescripsit. *l.* 30. PAUL. LIB. 7. QUÆST.

XXXIII. *Sed nec eo usque producitur Testamenti Militaris privilegium, ut possit onerare eum cui nihil ex suis bonis relinquit.*

Hinc Tryphoninus: Si Miles exheredaverit filium, vel sciens eum filium suum esse silentio præterierit; an legatum a substituto ejus dare possit, quæsitum est? Dixi, Non posse (3); licet ampla legata reliquerit (4). *sup. d. l.* 41. § 3.

XXXIV. *Denique* Bonorum possessionem ultra tempora Edicto determinata nec Militis posse agnosci Papinianus libro 14 Quæstionum scribit: quia generalis est ista determinatio. *l.* 15. § *fin.* ULP. LIB. 45. AD ED.

SECTIO III.

Quando Testamentum Militare valere desinat.

XXXV. *Testamentum Militare desinit valere:* 1.° *Quum testator ipse desinit esse Miles. Non tamen hoc ita stricte accipiendum est: annus enim conceditur ex die missionis, quo demum elapso Testamentum valere desinit.*

Sed Quod dicitur, si Miles intra annum quam missus est decesserit, valere ejus Testamentum quod Jure Militari fecerat; verum est, etiamsi post annum conditio institutionis extiterit, mortuo eo intra annum. Et ideo si heredi filio substituerit, nihil interest quando filius moriatur: sufficit enim patrem intra annum obiisse. *l.* 38. PAUL. LIB. 8. QUÆST.

Sed et si Miles intra annum missionis non moriatur, sed intra hunc annum rursus fiat Miles; Testamentum ejus quod Jure Militari confecit, valebit.

V. G. Miles Testamentum fecerat, deinde non ignominiæ (5) causa missus, rursum cinctus est in alia Militia. Quærebatur an Testamentum ejus quod in Militia fecerat, valeret? Quæsivi utrum Jure Militari an communi jure testatus est? Et si quidem communi jure testatus est, nulla dubitatio est quin valeat: sed si ut Miles fecisset Testamentum, agitare cœpi quando assumptus fuisset, postquam desiit in numeris esse, utrum intra annum, an post annum? Cognovi intra annum eum assumptum. Ergo si, eum adhuc Jure Militari valeret, rursus eodem jure posset testari; numquid etiam post annum eo mortuo valeat Testamentum? Me movebat quod alia Militia est posterior. Sed humanius est dicere, valere Testamentum; quasi conjuncto munere Militiæ. Non loquor de eo qui (6) voluit valere Testamentum, etiam assumptus: hic enim quasi in Militia sequenti fecit Testamentum; exemplo ejus qui paganus fecit, deinde militare cœpit. *d. l.* 38. § 1.

XXXVI. *Hic annus autem iis duntaxat qui honeste mittuntur, conceditur.*

Igitur Testamenta eorum qui ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt Militari jure valere; quod anni spatium Testamentis eorum qui honestam (7) vel causariam missionem meruerunt, tribuitur. *l.* 26. MACER LIB. 2. MILITARIUM.

(1) In bonis duntaxat quæ Miles ei reliquit; non in his quæ postea morte avi sui juris factus acquirere poterit.

(2) Filius emancipabatur olim per tres mancipationes et manumissiones. Fieri autem poterat emancipatio *Contracta fiducia;* ita ut imaginarius emptor filium pro tertia vice non manumitteret, sed illum patri revenderet qui ipse eum manumitteret; et sic pater jura patronatus in filium consequebatur. Secus si fiebat *Non contracta fiducia.*

(3) Quia exheredati qui legata accepit substitutus, ipse legatarius non est, sed heres legatarii; et suo nomine nihil ex bonis defuncti accipit.

(4) Filio scilicet.

(5) Ignominiæ enim causa missis annus non conceditur: et statim atque missi sunt, Testamentum quod Jure militari fecerunt corruit: l. 26. h. tit. mox infra.

(6) Id est, quomodocumque declaravit velle se ut valeret; de hoc casu enim nulla poterat esse dubitatio.

(7) *Honesta* Missio quæ emeritis stipendiis fit; *Causaria* quæ valetudinis et infirmitatis causa.

An autem iis concessus intelligitur qui proprie non mittuntur? Africanus id Quod constitutum est ut Testamentum Militiæ tempore factum etiam intra annum post missionem valeret; quantum ad verba ejus, ad eos duntaxat qui mitti solent, id beneficium pertinere existimavit. Secundum quod; neque Præfectos, neque Tribunos aut cæteros qui successoribus acceptis militare desinunt, hoc privilegium habituros (1). *l.* 21. AFRICAN. LIB. 4. QUÆSTION.

XXXVII. *Observandum superest hujus anni lapsu, non solum corruere Testamentum Jure Militari confectum, sed et si quid Testamento jure communi confecto Miles ex privilegio Militari ordinavit.*

Hinc Si Miles Jure Civili Testamentum fecerit, et primo gradu heredem eum scripserit quem Jure Militari (2) poterat; secundo eum quem communi jure potest; et post annum missionis decesserit: primus gradus irritus fiet, et a secundo incipiet Testamentum. *l.* 7. *ff. de Injust. rupt.* ULP. LIB. 10. AD SABIN.

XXXVIII. *Pergamus ad alium modum quo desinit valere Testamentum Militare; nimirum ex nuda voluntate testatoris, quamvis desierit esse Miles.*

Hinc in specie sequenti: Militia missus, intra annum Testamentum facere cœpit, neque perficere potuit; potest dici solutum ita esse Testamentum quod in Militia fuit, si Jure Militiæ fuit scriptum (3): alioquin si valuit jure communi, non esse jure rescissum (4). *l.* 34. § 1. PAUL. LIB. 14. QUÆST.

Secus obtinere circa Testamentum jure communi factum, plenius docetur in specie sequenti.

Veteranus moriens Testamentum jure communi tempore Militiæ factum, irritum esse voluit; et intestatus esse maluit. Heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit; legata vero petentes exceptione Doli mali secundum Jus commune (5) summoveri. Cujus exceptionis vires ex persona petentis (6) æstimantur; et alioquin (7) potior est in re pari causa possessoris. *l.* 36. § 3. PAUL. LIB. 6. RESPONS.

Nec tamen circa Militem eadem adhibetur distinctio (8). Nam quocumque modo Testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur; quoniam voluntas quoque Militis, Testamenti (9) est. *sup. d. l.* 34. § *fin.*

(1) Scilicet si verbis Constitutionum adhæreamus. Sed nonne tentari posset ex sententia Constitutionum hoc privilegio gaudere debere? Hac de re tacet Africanus.

(2) Puta deportatum. Vid. Sect. præced. Art. 2.

(3) Ratio est quod, cum quæque dissolvantur quomodo colligata sunt, Testamentum Militare quod nuda voluntate conficitur, contraria nuda voluntate recte revocatur. Hæc autem contraria voluntas colligitur ex eo quod alterum facere inchoarit.

(4) Tale enim Testamentum non potest rumpi aliter quam altero jure perfecto: ut fusius vid. lib. præced. Tit. *de Injust. rupt. irrit.*

(5) Vid. Tit. *de Adimend. et transfer. legat.* infra lib. 34.

(6) Id est, ex qualitate personæ æstimabitur an hæc exceptio opponi debeat; et an testator qui intestatus decedere se velle significavit, huic quoque personæ quod reliquit voluerit adimere.

(7) Si non sit ea conjuncta persona cui probabiliter noluerit testator adimere quod ei reliquit, exceptio locum habebit; et pro possessore, id est herede, judicabitur.

(8) An Testamentum quod noluit valere, fuerit Jure Militari an jure communi factum? Quam distinctionem in veterani persona supra fecimus.

(9) Id est, Testamenti vires habet, æquipollet Testamento jure perfecto: adeoque valet ad rescindendum quodlibet prius Testamentum.

TITULUS II.

DE ACQUIRENDA VEL OMITTENDA HEREDITATE.

POSTQUAM *de testamento militis pauca digressi sunt Pandectarum compositores, ad institutum ordinem redeunt. Cumque deliberationi de qua ultimo libri præcedentis Titulo egerant, proxime sint tum* Hereditatis aditio *qua hereditas Acquiritur, tum hujus* Repudiatio *qua Omittitur, hinc subjiciunt Titulum* DE ACQUIRENDA VEL OMITTENDA HEREDITATE.

I. Nihil est aliud Hereditas, quam successio in universum jus quod defunctus habuit. *l.* 24. *ff. de Verb. signif.* GAIUS LIB. 6. AD ED. PROVINC.

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam Hereditatem. Juris enim nomen est, sicuti Bonorum possessio. *l.* 119. *d. tit.* POMPON. LIB. 3. AD Q. MUCIUM.

Et complectitur tam æs alienum defuncti quam suum. ÆS ALIENUM est quod nos aliis debemus; ÆS SUUM est, quod alii nobis debent. *l.* 213, § 1. *d. tit.* ULPIAN. LIB. 1. REGUL.

SECTIO I.

De Acquirenda Hereditate.

Necessariis Heredibus sive Sui *sint, sive* Necessarii *simpliciter, statim atque defertur Hereditas,*

simul et Acquiritur etiam invitis ; scilicet statim ex die mortis testatoris si pure instituti sint, aut statim ex die conditionis existentis si sub conditione scripti sint.

II. *Sed circa servos observandum est quod, licet pure scripti sint heredes, tamen si sub conditione libertas eis relicta est, non ipsis prius deferatur et acquiratur Hereditas, quam conditio libertatis extiterit : ut late vid. lib. præced. Tit.* de Hered. instit. *Part.* 2.

Quod si nulla conditio nec libertati nec institutioni servi proprii ascripta est, statim ex die mortis et libertatem et Hereditatem accipit; nec expectandum est ut coheres ejus, si quem habet, adierit. Ita Paulus : Ex parte Heres institutus servus, et nondum adita Hereditate a coherede ejus; liber et heres fit necessarius : quia non a coherede sed a semetipso accipit libertatem; nisi ita institutus fuerit, QUUM MIHI QUIS HERES ERIT, STICHUS LIBER ET HERES ESTO. *l.* 58. PAUL. LIB. 2. REGUL.

III. *Quod autem dicimus Suis heredibus Hereditatem Acquiri invitis, æque ac simpliciter Necessariis, intelligendum est, non solum si ipsismet, sed et si eis qui in ipsorum potestatem morte testatoris recasuri sunt, relicta sit Hereditas.*

Hinc Interdum filiifamilias et sine aditione Acquirent Hereditatem his in quorum sunt potestate. Ut puta, si nepos ex filio exheredato heres sit institutus : patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. *l.* 6. § 5. ULP. LIB. 6. AD SABIN.

Sed si quis heres institutus adoptetur (1) a filio exheredato, necessarium eum (2) non facit; sed juberi debet ut adeat : quoniam mortis tempore, in potestate non fuerit. Nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset extaturus (3). *d. l.* 6. § 6.

IV. *Igitur (quod spectat ad Acquirendam Hereditatem)* Inter NECESSARIOS Heredes, id est servos cum libertate heredes scriptos; et Suos, scilicet necessarios, id est liberos qui in potestate sunt, Jure Civili nihil interest. Nam utrique, etiam inviti heredes sunt.

Sed Jure Prætorio SUIS ET NECESSARIIS heredibus abstinere se a parentis Hereditate permittitur; NECESSARIIS autem tantum heredibus, abstinendi potestas non datur. ULP. FRAGM. *tit.* 22. § 24.

Hoc autem beneficium abstentionis ita demum Suis heredibus datur, si se non immiscuerint Hereditati.

EXTRANEI *autem heredes omnino differunt a* NECESSARIIS *heredibus. Illis enim non Acquiritur Hereditas, nisi eam adiverint.*

Ea quæ ad materiam Acquirendæ Hereditatis pertinent, hoc ordine tractari placet, ut videamus : 1.° *Quomodo adeatur Hereditas ; et quid sit immixtio quæ in Suis heredibus quodammodo pro aditione est, cum eos privet beneficio abstinendi ;* 2.° *Deinde inquiremus qui possint adire Hereditatem. Cum autem ii qui alieni juris sunt, nonnisi ex jussu eorum in quorum potestate sunt eam adire possint; de hoc jussu in tertio Art. agemus. In quarto videbimus quando quis Hereditatem adire possit, et quarum rerum scientia requiratur necne in eo qui adit.* 5.° *Denique tractabimus de effectu aditæ Hereditatis.*

ARTICULUS I.

Quomodo adeatur Hereditas ; necnon quid sit Immixtio.

V. Extraneus heres, si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres; si vero sine cretione, pro Herede gerendo. ULP. FRAGM. *tit.* 22. § 25.

Jure igitur Pandectarum duplex erat adeundæ Hereditatis extraneo delatæ species ; CRETIO, *et* PRO HEREDE GERITIO.

§ 1. *De Cretione.*

VI. CERNERE (4) est verba cretionis dicere, ad hunc modum : CUM me Mævius heredem instituerit, eam Hereditatem adeo cernoque. *d. tit.* 22. § 28.

CRETIO est certorum dierum spatium quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire Hereditatem, necne. Veluti : TITIUS HERES ESTO; CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM PROXIMIS, QUIBUS SCIERIS POTERISQUE : NISI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. *d. tit.* § 27.

(1) Post mortem testatoris.

(2) Eum filium exheredatum.

(3) In superiori specie ; nepos sublato patre in cujus potestatem recidit, necessarius heres avo ipse fuisset ; ergo et patrem heredem necessarium debet facere. Extraneus autem qui in præsenti specie heres scriptus est ; testatori in cujus potestate nunquam fuit, non potuit esse ipse necessarius heres : ergo nec patrem faciet necessarium.

(4) CERNERE est *solenniter decernere, velle se esse heredem.* Varro *de Ling. Latin.* lib. XI. Et hoc fiebat testibus adhibitis : Cicer. *ad Attic.* XIII. 46. Cujacius (Observ. VII. 18.) ait ad solennem cretionis ritum pertinuisse, ut heres qui cerneret, digitis creparet ; fortasse ex illo Ambrosii loco : *Non ego in Hereditatibus adeundis digitorum percussiones et nudi successoris saltationes notabo.* lib. 3. *de Offic.* cap. 11. Verum haurire hoc potuit Ambrosius ex loco Ciceronis non bene intellecto lib. 3. *de Offic.* cap. 19. *Si vir bonus habeat hanc vim,* ut SI DIGITIS CONCREPUERIT *possit in locupletium testamenta nomen ejus irrepere; hac vi non utatur.... At dares hanc vim M. Crasso ut* DIGITORUM PERCUSSIONE *heres posset scriptus esse ; in foro mihi crede saltaret.* Verum ex hoc loco nihil probatur ; nec enim ibi sermo est de Hereditate cernenda ; sed de efficiendo ut scribaris heres : quod vir bonus, licet posset, nollit quantisper inhonestis artibus efficere. At Crassus, avarus, nihil quantumvis turpe omitteret, ut id obtineret. Hæc videtur hujus loci sententia, ex qua nihil colligi potest ad solennitatem cretionis.

Cretionis duplex divisio. Primam ita refert Ulpianus : Cretio VULGARIS dicitur, aut CONTINUA. Vulgaris io qua adjiciuntor hæc verba QUIBUS SCIERIS POTERISQUE ; continua , in qua non adjiciuntur. *d. tit.* § 31.

Inter utramque autem illud interest quod addit Ulpianus :

Ei qui vulgarem cretionem habet, dies illi dati computantur quibus scit se heredem institutum esse, et potuit cernere. Ei vero qui cootinuam habet cretionem, etiam illi dies computautur quibus ignoravit se heredem institutum ; aut scivit, sed non potuit cernere. *d. tit.* § 32.

VII. *Secunda cretionis divisio est, ut sit perfecta vel imperfecta.*

PERFECTA *est ea cui hæc verba adjiciuntur* Si non crevit, exheres esto : *quum autem illa verba non adjiciuntur*, IMPERFECTA *est.*

Inter utramque illud interest quod cum cretione perfecta heres institutus non potest Hereditatem sibi acquirere nuda voluntate et Pro herede gerendo ; *sed demum si solennia cretionis verba proferat.*

Contra Si sub imperfectam cretionem heres institutus sit, id est non adjectis his verbis SI NON CREVERIS EXHERES ESTO ; sed si ita, SI NON CREVERIS, TUNC MÆVIUS HERES ESTO : cernendo quidem superior inferiorem excludet ; non cernendo autem, sed pro Herede gerendo, in partem admittit substitutum.

Sed postea Divus Marcus constituit ; ot et pro Herede gerendo ex asse fiat Heres.

Quod si neque creverit, neque pro herede gesserit ; ipse excluditur : et substitutus, ex asse fit heres. *d. tit.* § 35.

Constantinus cretionis soleunitates remisit iis qui cognatorum suorum Hereditates adibant. l. 1. § 2. *Cod. Theod.* de Leg. t. her.

Denique Arcadius, Honorius, et Theodosius ita definiunt : Cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus. *l.* 17. *Cod. de Jur. delib.* (1).

§ 2. *De modo Acquirendæ Hereditatis, qui dicitur* Pro herede gestio ; *et de Immixtione Suorum heredum , voluntatem retinendæ Hereditatis significante.*

VIII. PRO HEREDE GESTIO *definiri potest ; qualecumque factum aut dictum non solemne, quo declarat sibi Hereditatis Acquirendæ voluntatem suam heres contestatur.*

Strictiori tamen sensu, Pro herede gestio *accipitur quum ex aliquo facto hæc voluntas Acquirendæ Hereditatis inducitur. Quando autem verbis hæc voluntas declaratur,* ADITIO *simpliciter dicitur : ut vid. in* institut.

IMMIXTIO *Suorum heredum improprie aditio est, eum per eam non Acquiratur Hereditas Suo heredi, sed potius excludatur ab abstinendi beneficio.*

Immixtio autem potest definiri, qualiscumque declaratio voluntatis Sui heredis de retinenda Hereditate.

Nihil aliud igitur ad formam tum aditionis, tum immixtionis requiritur ; quam ut extraneus heres de Acquirenda Hereditate, Suus heres de ea cum effectu retinenda voluntatem significent.

Et quidem hæc voluntas debet esse absoluta, non conditionalis. Sed et si quis ita dixerit, SI SOLVENDO HEREDITAS EST, adeo Hereditatem ; nulla aditio est. *l.* 51. § 2. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

IX. *Jam videndum quæ facta sufficienter declarent voluntatem extranei heredis de Acquirenda Hereditate, aut Sui heredis de illa retinenda.*

1.° Pro herede gerit qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur ; velut qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria mandat (2). ULP. FRAGM. *tit.* 22. § 26.

Similiter Si servum paternum filios manumiserit ; sine dubio miscuisse se paternæ Hereditati videbitur. *l.* 42. § 2. ULP. LIB. 4. DISPUT.

Simili ratione Pro Herede gessisse filium placet, qui moriens (comperto matrem suam intestato vita decessisse) codicillis petit ab herede suo ut maternorum bonorum servum manumitteret ; ac sibi parentibusque suis in possessione matris monumentum extrueret. *l.* 86. § *fin.* PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : Si avia tua patrem tuum ex duabus unciis scripsit heredem ; ex sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat. Igitur si testamento suo easdem uncias ad te pervenire decrevit ; apud Rectorem provinciæ duarum unciarum jus persequi poteris (3). *l.* 6. *Cod. de Jur. deliber.*

X. *Non aliter autem* Pro herede gerere *intelligitur qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur*,

(1) Hanc Legem Tribonianus nobis exhibet , quasi omnino abrogaverit *Cretionum solennitatem*. Verum apparet ex l. 8. Cod. Theodos. *de Matern bon.* ubi fusius hæc Constitutio continetur, *Cretionem* non omnino hac lege abrogatam fuisse ; sed duntaxat io hereditatibus quæ filiisfamilias deferuntur, remissam. Et certe adhuc postea Cretionis mentionem videbimus in l. 3. Cod. Theodos. *de Cretion.* At vero tempore Justiniani, jam prorsus exolaverat.

(2) Si tamen custodiæ causa cibaria mandaverit, non videbitur *Gerere pro herede* ; ut infra.

(3) Hoc ipso enim quod decrevit ut ad te pervenirent, videtur se *Pro herede* testatricis gessisse, et hac gestione sibi Hereditatem acquisivisse ; quam consequenter ad te transmisit.

quam si sciat eas res ad Hereditatem quæ ipsi delata est pertinere.

Hinc Papinianus. Eum bonis se miscere convenit, qui remoto familiæ vinculo (1), Pro herede gerere videretur. Et ideo filius qui tanquam ex bonis matris (cujus Hereditatem suscepit) agrum ad hereditatem patris pertinentem ut maternum ignorans possedit, abstinendi consilium quod in bonis patris tenuit, amisisse non videtur (2). *l.* 87. Papin. lib. 10. respons.

XI. *Quod si quis rebus sibi et hereditati communibus utatur; patet nullam inde colligi posse adeundæ Hereditatis voluntatem: ut in specie sequenti.*

Duo fratres fuerant, bona communia habueraot; eorum alter intestato mortuus Suum heredem non reliquerat (3). Frater qui supererat, nolebat ei heres esse. Consulebat num ob eam rem quod communibus, quum sciret eum mortuum esse, usus esset Hereditati se alligasset? Respondit, Nisi eo consilio usus esset quod vellet se heredem esse, non astriogi. *l.* 78. Pompon. lib. 35. ad Q. Mucium.

Nota: Itaque cavere debet ne qua in re plus sua parte dominationem interponeret. *d. l.* 78.

XII. *Non solum autem gerit Pro herede, qui rebus hereditariis ut heres utitur; sed et* Gerit pro herede qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium. Unde et si domum pignori datam (4) sicut hereditariam retinuit, cujus possessio qualis qualis fuit in Hereditate; Pro herede Gerere videtur. Idemque est et si alienam rem (5) ut hereditariam possedisset. *l.* 88. Paul. lib. 1. Quæst.

Hoc est quod ait Ulpianus: Interdum autem animus solus eum obstringet Hereditati; ut puta, si re non hereditaria quasi heres usus sit. *l.* 21. § 1. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Et generaliter si quid agat heres quod citra jus et nomen heredis non faceret: Pro herede gerere; *aut si Suus heres est,* Miscere se *intelligitur.*

Hinc rescribit Alexander: Cum debitum paternum te exsolvisse alleges pro portione hereditaria, agnovisse te Hereditatem defuncti non ambigitur. *l.* 2. *Cod. de Jur. deliber.*

Quod Si in societatem quam vivo patre inchoaverat filius post mortem patris perseveraverit; Julianus recte distinguit interesse utrum rem cœptam sub patre perficit, an novam inchoavit. Nam si quid novum (6) in societatem inchoavit, non videri miscuisse Hereditati patris scripsit. *l.* 42. § 1. Ulp. lib. 4. disput.

XIII. *Voluntas agnoscendæ Hereditatis colligitur etiam in specie sequenti.* Cum quidam propinquus (7) falsum testamentum accusaret, ac post longum spatium temporis probasset (8); licet dies ei petendæ possessionis quam forte certus (9) accusationis petere debuit, cessisse videatur; attamen quia hoc proposito accusationem instruit ut suum jus sibi servet, agnovisse successionem (10) non immerito videbitur. *l.* 14. *ff. de Bon. poss.* Papin. lib. 13. Quæst.

Sequitur et aliud factum ex quo voluntas adeundæ Hereditatis colligitur. Si ego et servus meus vel filius, heres institutus sit; si jussero filio vel servo adire, statim et ex mea institutione me heredem esse Pomponius scribit. Idem et Marcellus probat, et Julianus. *l.* 26. Paul. lib. 2. ad Sabin.

Hoc obtinet si mihi quoque tunc jam delata erat.

Quod Si exclusus per conditionem sibi datam (11) pater filium jussit adire; dicendum erit eum non quæsisse suam portionem (12). *l.* 35. § 1. Ulp. lib. 9. ad Sabin.

XIV. *Præcipua facta enumeravimus, ex quibus aditio Hereditatis inducitur.*

Semper autem meminisse oportet, in his omnibus non tam quid fecerit quam quid voluerit heres, explorari debere.

Enimvero Pro herede gerere videtur is qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Julianus scribit, Eum demum Pro herede gerere, qui aliquid

(1) Per *Familiæ vinculum* intelligit jura patriæ potestatis: et sensus est; *Suus* Heres se bonis patris miscere videtur, qui si emancipatus esset *Pro herede gerere* videretur.

(2) Cum enim non putaverit hanc rem ad hereditatem patris pertinere; non posset videri eam possidendo se *Pro herede* patris gessisse: adeoque nec dicendus est *se immiscuisse.*

(3) Adeoque proximo agnato, nimirum fratri delata fuit ejus Hereditas.

(4) Defuncto.

(5) Quam defunctus possederat.

(6) Contra, si quid vivo patre cœptum perfecerit, videtur *se miscuisse.* Nam quidquid vivo patre cœptum est, ad Hereditatem patris pertinet; utpote patri per filium jure potestatis quæsitum.

(7) Agnatus.

(8) Falsitatem.

(9) Nisi certus fuisset falsitatis testamenti, nec agnoscere Hereditatem potuisset, nec dies petendæ Bonorum possessionis ei cessisset; cum non possit adiri ab intestato Hereditas nec ab intestato Bonorum possessio peti, quandiu adhuc incertum est num ex testamento deferenda sit.

(10) Hoc ipso quod testamentum falsitatis accusavit, videtur se *Pro herede* ab intestato gessisse, et agnovisse Hereditatem ab intestato. Nisi enim vellet habere Hereditatem ab intestato; quid ejus interesset oppugnare testamentum? Recte notat Cujacius, quod hic dicitur eum agnovisse Hereditatem videri, sic intelligi debere ut videatur agnovisse *Hereditatem* Juri Civili; non vero ut videatur agnovisse *Bonorum possessionem:* cum tempore Papiniani nondum posset sola voluntate agnosci Bonorum possessio; sed aut peti deberet aut a Prætore dari. Igitur in hac lege dicitur hunc propinquum Jure Civili Hereditatem adivisse videri; adeoque ab Hereditate non esse excludendum; quamvis jam petere non possit Bonorum possessionem utpote tempore elapso.

(11) Quæ nondum advenerat.

(12) Nec enim eam quærere potest, priusquam ipsi delata sit.

quasi heres gerit. Pro herede autem gerere non esse facti quam animi. Nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Cæterum si quid pietatis causa fecit; si quid custodiæ causa fecit; si quid quasi non heres egit, sed quasi alio jure dominus: apparet non videri Pro herede gessisse. *l.* 20. Ulp. lib. 61. ad Edict.

Et ideo solent testari liberi qui Necessarii existunt; non animo Heredis se gerere quæ gerunt, sed aut pietatis aut custodiæ causa, aut Pro suo (1). Ut puta; patrem sepelivit, vel justa ei fecit: si animo Heredis, Pro herede gessit; enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur Pro herede gessisse. Servos hereditarios pavit, jumenta aut pavit, aut distraxit: si hoc ut heres gessit, Pro herede; aut si non ut heres sed ut custodiat, aut putavit sua; aut dum deliberat, quid fecit consulens ut salvæ sint res hereditariæ; si forte ei non placuerit Pro herede gerere, apparet non videri Pro herede gessisse. Proinde et si fundos, aut ædes locavit vel fulsit, vel si quid aliud fecit non hoc animo quasi Pro herede gereret; sed dum ei qui substitutus est, vel ab intestato heres extaturus prospicit; aut res tempore perituras distraxit: in ea causa est ut Pro herede non gesserit: quia non hoc animo fecerit. *d. l.* 20. § 1.

Consonat quod rescribit Antoninus: Si paterna Hereditate te abstinuisse constiterit, et non ut heredem in domo, sed ut inquilinum vel custodem, vel ex alia justa ratione habitasse liquido fuerit probatum; ex persona patris conveniri te Procurator meus prohibebit. *l.* 1. *Cod. de Repud. vel abstin. hered.*

Et generaliter ex his quæ quis facit quæ citra jus heredis facere posset, non colligitur Acquirendæ aut retinendæ Hereditatis voluntas.

V. G. Sed et qui in sepulcrum hereditarium mortuum intulit (2), obligari paternis creditoribus non est existimandus: ut Papinianus ait. Quæ sententia humanior est, licet Julianus contra scripserit. *sup. d. l.* 20. § 3.

Item Si Sepulcri violati filius agat, quamvis hereditarii; quia nihil ex bonis patris capit, non videtur bonis immiscere. Hæc enim actio pœnam et vindictam quam rei persecutionem continet. *d. l.* 20. *§ fin.*

XV. *Non colligetur pariter Acquirendæ Hereditatis voluntas ex eo quod heres quid accipiat, quod, etsi heres non esset, jure ei daretur: ut in specie sequenti.*

Papinianus scribit, Filium heredem institutum qui se bonis paternis abstinuit, vulgo putare quosdam, si a statulibero pecuniam accepit, a creditoribus conveniendum; sive nummi peculiares fuerint, sive non fuerunt: quia ex defuncti voluntate accipitur quod conditionis implendæ causa datur. Julianus autem etsi non abstinuit, idem existimavit. Ita demum autem Pro herede gessisse ait Papinianus, si solus eres sit: cæterum si coheredem habeat, et coheres adiit; non est cogendus (inquit) is qui accepit a statulibero, actiones creditorum suscipere. Nam quum se filius abstinet, idem debebit consequi Jure Prætorio quod emancipatus consequitur qui Hereditatem repudiavit: quo facto (3), statuliber filio nominatim pecuniam dare jussus potuisset non heredi dando ad libertatem pervenire. Itaque tunc Pro herede geri dicendum esse ait, quotiens accipit quod citra nomen et jus heredis accipere non poterat. *d. l.* 20. § 4.

Simili ratione si quid petat quod, etiamsi heres non esset petere posset; non inde colligetur adeundæ Hereditatis aut immiscendi voluntas.

Hinc Si quis non quasi heres, sed quasi patroni filius, egens a liberto patrono ali velit: procul dubio hoc extra causam est immiscendi se bonis paternis. Et ita recte Labeo scribit. *l.* 73. Paul. lib. 7. ad Plaut.

Si quid tamen quasi heres petit, sed ex his quæ ad heredem extraneum non transeunt; videamus an oneribus se immerserit hereditariis? Ut puta a liberto parentis, operas (4) petit. Has heres extraneus petere non potuit: hic tamen petendo consequi potest. Et constat Pro herede eum non gessisse; cum petitio earum etiam creditoribus (5) competat, et maxime futurarum (6). *sup. d. l.* 20. § 2.

XVI. *Similiter si quis conditionem modumve sub quo heres scriptus est impleat; non ex eo solo videtur voluisse esse heres.*

Ergo Ei qui ita Hereditatem vel legatum accepit Si decem dederit, neque Hereditas neque legatum aliter Acquiri potest; quam si post impletam conditionem (7) id egerit scriptus heres vel legata-

(1) Id est, circa rem quam aliunde suam putat.

(2) Jura sepulcrorum habet filius, quamvis non sit heres. Vid. supra. lib. 11. Tit. *de Religiosis.*

(3) Secus est: Atqui quum hoc fecit, quum Hereditatem repudiavit emancipatus; potest nihilominus si coheredem habeat, cujus aditione testamentum confirmatum fuerit, accipere a statulibero quod statuliber ipsi nominatim dare jussus est. Quod si emancipatus solus heres scriptus esset, et repudiasset; ejus repudiatione destituto testamento, et corruente libertate testamento relicta; nil posset accipere. Porro *Suus* qui se abstinet, eadem consequitur ex beneficio abstentionis, quæ consequitur emancipatus qui repudiat. Ergo *Suus* qui se abstinet et coheredem habet, consequitur pariter ut a statulibero possit accipere quod statuliber ipsi nominatim dare jussus est: quia et hoc emancipatus repudiando consequeretur. Ergo illud accipiendo non se immiscet; cum, etsi se abstinuerit, possit hoc accipere.

(4) *Officiales* scilicet; quæ non ut heredi, sed ut filio debentur, cum extraneo heredi non debeantur, et contra filio non heredi debeantur. Unde mirum non est, quod eas petendo non se videatur immiscere.

(5) Filii; ut recte notat Duarenus.

(6) Id est, quæ demum post mortem patris indictæ sunt; adeoque ipsi filio debitæ sunt, non ut heredi, sed ut filio.

(7) Hoc enim ipso quod dando impleverit conditionem, non potest videri adivisse Hereditatem: cum alia esse causa potuerit cur daret. Imo etiamsi ob eam causam ut pareret conditioni dederit, potest voluisse non tam sibi *Acquiri* quam *Deferri* Hereditatem aut legatum; ut postea quandoque, prout conveniens sibi existimaret, posset aut acquirere aut repudiare.

rius, per quod Hereditas aut legatum Acquiri solet. *l.* 13. *ff. de Condit. institut.* JULIAN. LIB. 30. DIGEST.

Hinc in ea specie: Proponebatur filius a patre de castrensi peculio servos comparasse; eosque a patre manomittere rogatus, cum heres esset ab eo institutos. Quærebatur, si se abstinuisset paterna Hereditate, eosque manumisisset, an miscuisse se paternæ Hereditati videatur? Dicebamus; Nisi evidenter quasi heres manumiserit, non debere eum calumniam pati quasi se miscuerit Hereditati (1). *l.* 42. § *fin.* ULP. LIB. 4. DISPUT.

Quod si ea sit conditio, quam nonnisi ut heres implevisse videri possit; hoc ipso quod eam impleverit, Pro herede gessisse videbitur. Hinc ita Javolenus: Antistius-Labeo ait: Si ita institutus sit, SI JURAVERIT, HERES ESTO; quamvis juraverit, non tamen eum statim heredem futurum antequam PRO HEREDE aliquid gesserit: quia jurando voluntatem magis suam declarasse videatur. Ego puto satis eum Pro herede gessisse si ut heres (2) juraverit. Proculus, idem. Eoque Jure utimur. *l.* 62. JAVOL. LIB. 1. EX POSTERIORIB. LABEONIS.

XVII. *Non videtur etiam voluisse Acquirere Hereditatem qui quasi ex alterius jussu cujus juri se subjectum falso putat eam adit. Tamen ea de diversæ fuerunt Jurisconsultorum sententiæ.*

Enimvero Liber homo cum tibi serviret, heres institutus jussu tuo adiit. Trebatius esse eum heredem: Labeo, tunc non esse heredem si necessitate id fecerit, non quod alioquio vellet obligari. *l.* 59. *ff. de Hered. instit.* CELSUS. LIB. 16. DIGEST.

Et alibi rursus: Sed Trebatius si liber homo bona fide serviens jussu ejus cui serviat Hereditatem adiisset, heredem ipsum fieri; nec interesse quid senserit, sed quid fecerit. Labeo contra, si ex necessitate id fecisset; quod si ita ut et ipse vellet, ipsum fieri heredem. *l.* 19. ¶ *fin. ff. de Acquir. rer. dom.* POMPON. LIB. 3. AD SABIN.

Labeonis sententia prævaluit. Ita enim Modestinus: Homo liber Hereditatem nobis Acquirere non potest, qui bona fide nobis servit; Acquiret tamen sibi (3) si SPONTE SUA sciens conditionem suam adierit. Nam si jussu nostro adierit; neque sibi (4) neque nobis (5) Acquiret, si non habuerit animum sibi Acquirendi: quod si eam mentem habuit, sibi acquirit. *l.* 54. *ff. de Acquir. rer. domin.* MODESTIN. LIB. 31. AD Q. MUCIUM.

Pariter Paulus: Qui bona fide servit, si quasi jussu domini adierit, non obligabitur. *l.* 74. § 2. PAUL. LIB. 12. AD PLAUT.

Similis est huic statuliber; qui jussus ab herede adire Hereditatem, post conditionem libertatis existentem, quum hoc ignoraret, adiit. *d. l.* 74. § 3.

Similis est etiam is qui se filiumfamilias putat. Nam Si is qui putabat se filiumfamilias patris jussu adierit; eum neque sibi, neque ei qui jussit, quæsisse Hereditatem constat. *l.* 6. § 4. ULP. LIB. 6. AD SABIN.

Ratio est, quia Velle non creditur (6), qui obsequitur imperio patris vel domini. *l.* 4. *de Reg. Jur.* ULPIAN. LIB. 6. AD SABIN.

Non idem erit si non quasi ex alterius jussu, sed ex propria deliberatione adeat; quamvis dubitet an sui juris sit.

Hinc statim subjicit Ulpianus: Quanquam is quem pater jussit adire, et decessit, si adierit jam mortuo patre, obliget se Hereditati; ut Julianus lib. 31 Digestorum scripsit. Nam eum qui dubitat utrum filiusfamilias an paterfamilias morte patris factus sit, posse adire Hereditatem, magis admittit. *sup. d. l.* 6. *d.* § 4.

XVIII. *Cum deliberatio voluntatis ad Acquirendam Hereditatem in extraneo herede requiratur; inde potest fieri ut etiam is qui adit, non Acquirat Hereditatem; quia non vult Acquirere. Tale est quod* Celsus libro 15 Digestorum scripsit: Eum qui metu verberum vel aliquo timore coactus fallens adierit Hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet; sive servus sit, dominum heredem non facere. *d. l.* 6. § 7.

Hoc ita, quum fallens adiit; id est, finxit se adire Hereditatem eum heres esse nollet. Quod si voluit esse heres, quamvis coactus; erit quidem Heres: sed hoc casu Si metus causa adeat aliquis Hereditatem; fiet ut quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas. *l.* 85. PAPIN. LIB. 30. QUÆST.

Cum heres non fiat nisi qui vult heres esse; hinc Si quis extraneus (7) rem Hereditariam quasi (8) subripiens vel expilans tenet, non PRO HEREDE gerit: nam admissum contrariam (9) voluntatem declarat. *l.* 21. ULP. LIB. 7. AD SABIN.

(1) Nam eos manumittendo potest videri non eo animo fecisse ut modum sub quo scriptus heres erat impleret; sed simpliciter usus esse jure quod habebat manumittendi servos suos.

(2) Finge eum scriptum heredem sub hac conditione, SI JURAVERIT se facturum aliquid quod nonnisi herres facere potest: SI JURAVERIT *se manumissurum Stichum* servum hereditarium.

(3) Ita recte ex Basilicis lectionem restituit Cujacius. Mendose in Florent. *acquiret, si tamen sponte sua.*

(4) Nam hic adit ut ei cujus servum se existimat pareat, non ut sibi Hereditatem acquirat; cum contra putet se acquirere ei cujus servum se esse putat.

(5) Quia nobis acquirere non potest nisi ex re nostra aut ex operis suis: aditio autem Hereditatis non est in opera servili. Vid. Instit. Tit. *Per quas pers. nob. acq.*

(6) Huc pertinere hanc legem colligit Cujacius ex eo quod desumpta sit ex eodem loco unde desumpta est lex 6. h. tit. modo laudata: ut ex inscriptionibus liquet.

(7) Sed Suus Heres amittit beneficium abstentionis: ut videb. infra § 3.

(8) Dicit *quasi*: nec enim propria furtum fit jacentis Hereditatis; cum furtum sit possessionis interversio. Hereditas autem jacens possessionem quæ facti est, non habeat. Vid. Tit. *de Furtis.* Infra lib. 47.

(9) Non enim surriperet, quod jure posset apprehendere si heres esse vellet.

XIX. Fuit quæstionis, an Pro herede gerere videatur qui pretium Hereditatis Omittendæ causa capit? Et obtinuit hunc Pro herede quidem non gerere, qui ideo accepit ne heres sit. *l.* 24. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

In Edictum tamen Prætoris incidere (1). *d. l.* 24.

Enimvero quum pecuniam V. G. a substituto suo accepit; id actum est ut ad substitutum transiret Hereditas: porro Non vult Heres esse, qui ad alium transferre voluit Hereditatem. *l.* 6. *de Reg. Jur.* ibid.

XX. *Patet illud factum quod conducit ad explorandas Hereditatis vires, pro aditione non debere accipi. V. G. Si petit ea instrumenta sibi exhiberi, is* Qui heres institutus prohibeatur ab eo qui una institutus jam Hereditatem adiit, tabulas, litteras, rationes inspicere mortui, unde scire posset an sibi adeunda esset Hereditas, non videtur Pro herede gerere. *l.* 29. Pompon. lib. 3. ad Sabin.

XXI. *Ex dictis satis patet neminem* Pro herede gessisse *aut* Se immiscuisse *videri: nisi eum qui heres esse voluit.*

Et quidem oportet ut voluerit ipsam partem Hereditatis ex qua scriptus est consequi, non diversam. V. G. Ex semisse Titius heres scriptus est: quadrantis (2) bonorum possessionem per errorem petit. Quæro an nihil actum sit, an vero perinde omnia servanda sint ac si quadrans nominatus non sit? Respondit, Magis nihil actum esse, quemadmodum quum ex semisse scriptos heres, ex quadrante per errorem adiit Hereditatem. *l.* 75. Marcell. lib. 9. digest.

Item oportet ut velit eam consequi ex causa ex qua ipsi delata est, non ex causa ex qua ipsi non sit delata.

Hinc ita Labeonem notat Javolenus in specie sequenti: Filium emancipatum pater solum heredem instituit; et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse jusserat. Filius tanquam pater demens fuisset, bonorum ejus possessionem ab intestato petit; et ita Hereditatem possedit. Labeo ait, Si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. Hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum Hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit; nec potest videri Pro herede gessisse, qui, ut Hereditatem Omitteret, ex alia parte Edicti possessionem bonorum petat.

Paulus: Et Proculus Labeonis sententiam improbat, et in Javoleni sententia est. *l.* 60. Javolen. lib. 1. ex posterioris. Labeonis.

§ 3. *De alia duplici* Immixtionis *specie.*

Hactenus vidimus quando videatur necne heres extraneus adivisse Hereditatem, aut Suus heres *Hereditati se immiscuisse. De hac autem immixtionis specie locuti sumus quæ est significatio voluntatis Sui heredis de retinenda cum effectu Hereditate.*

Duæ sunt aliæ immixtionis species, quæ Suum heredem ab abstentionis beneficio excludunt.

XXII. *Prima est, de qua* Prætor ait: Si per eum eamve factum erit quo quid ex ea Hereditate amoveretur. *l.* 71. § 3. Ulp. lib. 61. ad Ed.

Igitur Si quis Suus se dicit retinere Hereditatem nolle, aliquid autem ex Hereditate amoverit; abstinendi beneficium non habebit. *d. l.* 71. § 4.

Amovere autem quidem est? Amovisse eum accipimus qui quid celaverit, aut interverterit, aut consumpserit. *d. l.* 71. § 6.

Hoc tamen ita accipe, si dolo malo factum est. Enimvero Amovere non videtur qui non callido animo nec maligno rem reposuit; ne is quidem qui in re erravit, dum putat non esse hereditariam. Si igitur non animo amovendi, nec ut hereditati damnum det, rem abstulit; sed dum putat non esse hereditariam: dicendum est eum amovisse non videri. *d. l.* 71. § 8.

XXIII. *Non refert autem an suus heres per se an per alium amoverit. Nam* Non dixit Prætor Si quid amoverit, sed Si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea amoveretur. Sive ergo ipse amoverit, sive amovendum curaverit, Edictum locum habebit. *d. l.* 71. § 5.

Item non refert quid amoverit. Nam Ait Prætor: Quo quid ex ea amoveretur. Sive autem una res, sive plures fuerint amotæ, Edicto locus est; sive ex ea Hereditate sint, sive ad eam Hereditatem pertineant (3). *d. l.* 17. § 7.

XXIV. *Verum refert quando amoverit. Nam* Hæc verba Edicti ad eum pertinent, qui ante quid amovit, deinde se abstinet: cæterum si ante se abstinuit, deinde tunc amovit; hic videamus an Edicto locus sit? Magisque est ut putem istic Sabini sententiam admittendam: scilicet, ut Furti potius actione creditoribus teneatur. Etenim qui semel se abstinuit; quemadmodum ex post delicto obligatur? *d. l.* 71. § 9.

XXV. *De altera immixtionis specie quæ Suum heredem a beneficio Prætoris excludit,* Paulus libro 15 Responsorum respondit:

Si is qui bonis paternis se abstinuit, per suppositam personam emptoris, bona patris mercatus probatur; perinde eum conveniri oportere (4) a

(1) Vid. l. 2. ff. *Si quis omiss. causa testam.* infra d. tit. N. 20.

(2) Hoc accipe de quadrante ex quo non scriptus est, et ex quo se scriptum credit; cum non ipse, sed ejus coheres ex illo quadrante scriptus sit. Quod si quadrantis qui in semisse ex quo scriptus est continetur, possessionem peteret; utiliter peteret, et integrum semissem Acquireret: l. 10. h. tit.

(3) Puta, res defuncto pignori datæ, aut commodatæ.

(4) Nec enim vere sed simulate abstinet, qui retinet bona quæ per interpositam personam mercatus est, et quorum pretium nondum exsolvit.

creditoribus, atque si bonis paternis se immiscuisset. *l.* 91.

Secus si res singulares bona fide emit. Hinc Antoninus : Si paterna Hereditate te abstinuisti; non ideo quod a creditoribus fundos comparasti (si modo id bona fide fecisti) a posterioribus qui sub eisdem obligationibus pecuniam patri crediderunt, jure conveniris. *l.* 2. *Cod. de Repud. vel abstin. hered.*

ARTICULUS II.

Quis Hereditatem adire possit

Quæ ad hunc Articulum pertinent, ad tres regulas revocabimus.

Prima Regula.

Aditio Hereditatis in voluntarios seu extraneos heredes duntaxat cadere potest.

XXVI. *Nam* In Suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso Jure heredes existunt. *l.* 14. *ff. de Suis ac legit. hered.* GAIUS LIB. 13. AD LEG. JUL. ET PAP.

Secunda Regula.

Ipse demum qui institutus est heres, aut qui Lege ipse ad Hereditatem vocatur, eam adire potest.

XXVII. *Hinc* Paulus libro 12 Responsorum respondit, Per curatorem (1) Acquiri Hereditatem non posse. *l.* 90.

Sed nec tutor potest. Hinc Valerianus et Gallienus : Potuit pupillus Pro herede (tutore auctore) gerendo consequi successionem : sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi Hereditatem non potuit Acquirere. *l.* 5. *Cod. de Jure deliber.*

XXVIII. *Nec heredis heres Hereditatem adire potest. Nec enim heres extraneus qui dum deliberaret decessit, ullum jus ad ipsum transmittit : in qua re extraneus a necessario herede differt.*

Hoc discrimen inter extraneum et necessarium heredem observat Gordianus Imperator, qui ita rescribit. Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate; sive ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit existere; sive ex parte, nihilominus statim Suus ei heres extitit (2) : nec eapropter quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatum, tu ad ejusdem fratris tui potes accedere successionem. Quod si quum juris sui (3) esset, ante aditam Hereditatem decessit; tuque fratri tuo legitimus heres extitisti, sive intra tempora Edicto præfinita Bonorum possessionem agnovisti : quæ hereditariarum facultatum sunt, vel quæ ab alio injuria detinentur, Præsidis diligentia tibi restituantur. *l.* 3. *Cod. de Jur. deliber.*

Quibusdam tamen casibus singularibus, heredis heredi indultum fuit adire Hereditatem quam defunctus adire non potuerat.

Et 1.° Quum patroni filia heres instituta esset a liberto falsumque testamentum dictum esset in quo scripta erat, et appellatione interposita et pendente diem suum obiisset (4); heredibus ejus Divus Marcus subvenit ut id haberent quod haberet patroni filia, si viveret. *l.* 6. § 1. *ff. de Bon. libertor.* ULP. LIB. 43. AD ED.

Item Papinianus : Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum, atque ita res per appellationem extracta esset : defuncta medio tempore patroni filia quam libertus heredem instituerat; filio mulieris servavit Divus Marcus eam partem bonorum quam filia patroni vel jure intestati si vixisset habere potuit. *l.* 42. § *fin. d. tit.* PAPIN. LIB. 13. QUÆST.

2.° *Alium casum singularem refert idem Papinianus quo heredis heredi bonorum possessionem petere indultum fuit.*

Pannonius-Avitus quum in Cilicia procuraret, heres institutus ante vita decesserat quam heredem se institutum cognosceret. Quia bonorum possessionem quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant; quæ stricto Jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus (5) obiisset. Divum tamen Pium contra constituisse Mæcianus libro quæstionum refert in eo qui Legationis causa Romæ erat; et filium (6) qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu ejus distinctionis (7) restitutionem [locum] habere. Quod et hic humanitatis gratia obtinendum est. *l.* 86. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Vide et tertium casum infra Tit. de SC. Silan. *Sect* 3.

(1) Alias, et etiam recte *per procuratorem.* At Bonorum possessio recte per procuratorem agnoscitur. Ratio disparitatis, quod Aditio Hereditatis sit Actus legitimus.

(2) Leges enim caducariæ quæ heredibus ex parte scriptis Hereditatem non deferebant nisi ex die apertarum tabularum, locum habebant duntaxat erga extraneos heredes, non erga *Suos* qui ignorantes existunt heredes.

(3) Emancipatus.

(4) Et sic non potuerit adire, quia propter accusationem *Falsi* non constabat de veritate testamenti; adeoque nondum scire poterat an ex testamento deferretur hæc Hereditas : quæ scientia necessaria est ad adeundam Hereditatem, ut videb. infra Art. 4. § 2.

(5) Si vivo Avito dies petendæ Bonorum possessionis transiisset; ex causa absentiæ suæ Reipublicæ causa jus restitutionis in integrum habuisset, adversus omissam a se hanc Bonorum possessionem : quod jus restitutionis in integrum ad suos heredes transmisisset. Verum cum intra diem aditionis decesserit, jus illud restitutionis in integrum non habuit, quo vivus nunquam opus habuit; adeoque si strictum Jus sequimur, non potest videri illud ad heredes suos transmisisse.

(6) Cujacius censet legendum *et filio* notatque non duas hic, sed unam speciem referri; scilicet filii qui dum in Legatione esset, decessit priusquam resciret sibi delatam esse Bonorum possessionem matris.

(7) An intra vel post diem petendæ possessionis absens decesserit.

Jure Justinianeo, et heredis heres adire Hereditatem potest sive antequam tempus ad deliberandum peteret decesserit, sive post : ita tamen ut intra id spatium quod defuncto ex anno superesset, adire teneatur. l. 19. Cod. de Jur. delib.

XXIX. *Nec ille adire Hereditatem potest qui non ipse institutus est, sed eum qui institutus est in sua potestate habet.*

Tamen singulari casu Quum quidam Legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset jubere adire in provincia agentem; Divus Pius rescripsit Consulibus, subvenire ei oportere mortuo filio; eo quod Reipublicæ causa aberat. *l.* 30. Ulp. lib. 8. ad Sabin.

Alter casus est ex Constitutione Theodosii et Valentiniani, qua permittitur patri Hereditatem filio ipsius septennio minori quem in potestate habet delatam adire; sive vivo filio sive post mortem ejus *l.* 18. *Cod.* de Jur. delib.

Extra hos casus aditio ipsius filiifamilias vel servi heredis instituti necessaria quidem est, ceterum ex diuturnitate temporis quo pater aut dominus eam Hereditatem possedit, hæc aditio intervenisse præsumitur.

Hoc est quod ait Ulpianus : Sed etsi non adierit filius, diu tamen possedit pater Hereditatem; credendus est admisisse Hereditatem : ut Divus Pius et Imperator noster rescripserunt. *l.* 6. § 3. Ulp. lib. 6. ad Sabin.

Tertia Regula :

Is demum adire potest, qui utcumque videri potest intelligere quid agat.

XXX. *Hinc* libro singulari Regularum Pomponii Marcellus notat.

Furiosus Acquirere sibi commodum Hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat. Per alium autem Acquiri ei potest; veluti per servum, vel eum quem in potestate (1) habet. *l.* 63.

XXXI. *At vero* Pupillus si fari possit, licet hujus ætatis sit ut causam Acquirendæ Hereditatis non intelligat, quamvis non videatur scire hujusmodi ætatis puer (neque enim scire neque decernere talis ætas potest, non magis quam furiosus) : tamen cum tutoris auctoritate Hereditatem Acquirere potest. Hoc enim favorabiliter eis præstatur (2). *l.* 9. Paul. lib. 2. ad Sabin.

Hinc Paulus : In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt quamvis actum rei non intelligerent. Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest. *l.* 5. *de Reg. Jur.* Paul. lib. 2. ad Sabin.

Pupillus igitur adire Hereditatem potest, verum tutore auctore. Nam More nostræ civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt. Hereditas autem quin obliget nos æri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem Hereditate loquimur in qua non succedunt hujusmodi personæ quasi necessariæ. *l.* 8. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Et hæc quidem de impubere patrefamilias. Similiter Impubes qui in alterius potestate est, si jussu ejus adierit Hereditatem, licet consilii capax non fuerit, ei Acquirit Hereditatem. *d. l.* 8. § 1.

XXXII. Eum cui Lege bonis interdicitur, Heredem institutum posse adire Hereditatem constat (3). *l.* 5. § 1. Ulp. lib. 1. ad Sabin.

XXXIII. Mutum necnon surdum, etiam ita natos, Pro herede gerere, et obligari Hereditati posse constat. *d. l.* 5.

Imo Mutus servus jussu domini pro herede gerendo obligat dominum Hereditati. *l.* 93. § 2. Paul. lib. 3. sentent.

ARTICULUS III.

De jussu quem ad adeundam Hereditatem expectare debet heres qui in aliena potestate est.

XXXIV. *Qui alieni juris est, Hereditatem adire potest demum ex jussu ejus in cujus potestate est.*

Ratio est quod Qui in aliena est potestate, non potest invitum Hereditati obligare eum in cujus est potestate; ne æri alieno pater obligaretur. *l.* 6. Ulpian. lib. 6. ad Sabin.

Circa hunc jussum qui in aditione filiorum familias et servorum requiritur, hæc quæri possunt ; 1.° *Quorum jussus requiratur ;* 2.° *Quando et quomodo interponendus sit ;* 3.° *Qualis esse debeat.*

§ 1. *Quorum jussus requiratur.*

XXXV. *Ut filiusfamilias recte adeat Hereditatem, requiritur jussus ejus in cujus potestate est. Et quidem si sit in potestate avi, avus, non pater, jubere debet.*

V. G. Filiusfamilias duxit uxorem : ea filiis sublatis intestata decessit : filii jussu patris, non avi, adierunt Hereditatem (4). Quæro an avo acquisita sit Hereditas? Paulus respondit, Secundum ea quæ

(1) Servi enim aut liberi qui in ejus potestate sunt, possunt jussu ejus curatoris adire (ut infra mox) et adeundo ei acquirere hereditatem.

(2) Ut quod ejus judicio deest, suppleat tutoris auctoritas.

(3) Cum consensu curatoris scilicet; et in hoc differt a furioso. Et recte : nam furiosus non intelligit quid agat, is autem intelligit.

(4) Matris suæ, ex Senatusconsulto Orphitiano ipsis delatam.

proponuntur, nihil actum (1) esse. *l.* 92. PAUL. LIB. 17. RESPONS.

XXXVI. *Pariter servus, adire debet jussu domini; vel ejus qui nomine domini jubere possit; puta, jussu tutoris* (2). *Sed et* Si fisci servus sit, jussu Procuratoris Cæsaris adibit Hereditatem; ut est sæpe rescriptum. *l.* 25. § 2. ULP. LIB. 8. AD SABIN.

Verum autem dominum intelligimus, non putativum. Hinc Si quis mihi bona fide serviat servus alienus, jussu meo Hereditatem adeundo, nihil promovebit nec acquiret mihi (3). Nec fructuarius quidem servus. *d. l.* 25.

Et alibi: Præterea nec fructuarius quidem servus jussu ejus qui usumfructum in eo habet, adire Hereditatem poterit. *l.* 45. § 3. JULIAN. LIB. 1. AD URSEIUM-FEROCEM.

Nam Aditio Hereditatis non est in opera servili (4). *d. l.* 45.

Idcirco si servus dotàlis adierit, actione DE DOTE eam Hereditatem mulier recuperabit; quamvis ea quæ ex operis dotalium acquiruntur, ad virum pertineant. *d. l.* 45. § 1.

Si tamen contemplatione bonæ fidei possessoris aut fructuarii huic servo Hereditas relicta esset: eorum jussu adire illam poterit, ipsamque eis acquirere quasi ex ipsorum re.

Hinc Julianus ait: Quod a quibusdam respondetur, si liber homo qui bona fide mihi serviebat propter me heres institutus erit, posse eum jussu meo adire Hereditatem, potest verum esse; ut intelligatur, non opera sua mihi acquirere, sed ex re mea; sicut in stipulando et per traditionem accipiendo ex re mea mihi acquirat. *d. l.* 45. § *fin.*

XXXVII. *Eorum requiritur jussus in quorum potestate sunt filiifamilias aut servi quum Hereditatem adeunt, non eorum in quorum potestate fuerint quum eis delata est Hereditas.*

Hinc Si servus heres institutus, post jussum domini, antequam adiret, alienatus esset; novum jussum posterioris domini, non jussum prioris exigitur. *l.* 62. § 1. JAVOLEN. XX POSTERIOR. LABEONIS.

Hinc etiam pater qui jussit filium adire, Si se adrogandum dederit priusquam filius adiret; non est acquisita Hereditas (5) *l.* 25. § *fin.* ULP. LIB. 8. AD SABIN.

XXXVIII. *Quid si, quum servus Hereditatem adit, plurium sit servus; an simul omnium dominorum jussu adire debebit, an id poterit separatim et diversis temporibus?*

Hac de re ita Paulus: Cum solus servus heres institutus sit; sicut licet uno tempore omnium dominorum jussu adire Hereditatem, ita et separatis temporibus singulorum jussu recte adit. Nam (6) quia sæpius adit, non ex testamento, sed ex jure dominorum venire utilitatis causa videtur; ne alterius festinatione alterius jus lædatur. *l.* 68. PAUL. LIB. 5. AD LEG. JUL. ET PAP.

Nota autem: Servus communis ab extero heres institutus si jussu unius adierit Hereditatem; non pro majore parte interim heredem eum facit quam pro dominica. Deinde cæteris sociis non jubentibus, tacito jure partes ei accrescunt. *l.* 67. ULP. LIB. 1. REGUL.

Quod si alii postea jubeant, eis quoque pro eorum partibus acquirit.

Quinetiam Servus duorum heres institutus et adire jussus, si alterius domini jussu adierit, deinde manumissus fuerit; poterit ipse adeundo ex parte dimidia heres esse. *l.* 64. JAVOLEN. LIB. 2. EX POSTERIOR. LABEONIS.

Et, si substitutum haberet idem servus ita: SI HERES NON ERIT, ILLE HERES ESTO, substitutus locum non habet (7) *l.* 65. PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

§ 2. *Quando ille jussus interponi debeat, et quomodo possit interponi.*

XXXIX. Jussum ejus qui in potestate habet, non est simile tutoris auctoritati quæ interponitur perfecto negotio (8) sed præcedere debet (9): ut Gaius-Cassius libro secundo Juris Civilis scribit. Et putat vel per internuncium fieri posse vel per Epistolam. *l.* 25. § 4. ULPIAN. LIB. 8. AD SABIN.

Sed in Bonorum possessione placuit, ratam haberi posse eam quam citra voluntatem agnovit is qui potestati subjectus est. *l.* 6. § 1. ULP. LIB. 6. AD SABIN.

Sed et si legitima Hereditas filio delata sit (ex Senatusconsulto Orphitiano) matris; idem erit (10) probandum. *d. l.* 6. § 2.

XL. *Circa tempus quo jussus interponi debet;* An nominatim de vivi Hereditate mandari possit, quæritur? Sed ego non puto recipiendum ut de

(1) Avus enim in cujus potestate sunt, jubere debuerat; non pater.

(2) Vid. l. 50. h. tit. infra N. 42.

(3) Nec vero domino Acquiret, cum non ejus jussu adierit.

(4) Porro per fructuarium servum non Acquirit fructuarius nisi quod ex re ipsius aut ex operis servi proficiscitur.

(5) Desideratur enim jussus adrogatoris in cujus potestatem adrogatus cum liberis suis transivit.

(6) Hic præoccupat objectionem: Quomodo sæpius adire utiliter potest, qui semel et ex unica duntaxat parte institutus est? Respondet: *Quod sæpius adit, id non ex testamento, etc.*

(7) Haberet autem, si pro altera parte non adiret: l. fin. ff. *de Vulg. et Pup. subst.* supra lib. praeced.

(8) Statim et eo ipso tempore quo perficitur.

(9) Nec nocet temporis intervallum, modo jussus præcesserit: quia qui jussit, intelligitur in eadem voluntate perseverare donec jussum revocaverit.

(10) Scilicet ut si ex hac causa filius petierit Bonorum possessionem *Unde legitimi*, non expectato jussu patris, possit pater eam ratam habere: Quæ ratihabitio nihil operaretur si Jure Civili adivisset.

vivi Hereditate mandetur (1). Plane si rumor fuit Lucium-Titium decessisse; poterit ei mandare ut, si heredem scripsit eum, adeat; aut si clusæ adhuc tabulæ sunt, et incertum an filius scriptus sit heres. *l.* 25. § 3. ULP. LIB. 8. AD SABIN.

XLI. *Quomodocunque autem is jussus exprimi potest; nec refert quibus verbis.*

Hinc Ulpianus: Sed quid si mandavit ut hereditatem colligat? An videtur mandasse ut adeat? Quid si ut petat bonorum possessionem; aut ut rem hereditariam distrahat? Aut quid si petitam Bonorum possessionem ratam habuit, mox filius adeat Hereditatem? Vel quid si Pro herede gerere mandavit; filius adiit Hereditatem? An jussu videatur adiisse, dubitari potest. Imo verius est ex his omnibus aditionem esse introducendam. *d. l.* 25. § 7.

Imo et absque verbis. Hinc Mutus pater vel dominus, filio vel servo heredibus institutis, magis est ut si intellectu non careat, nutu jubere possit adire Hereditatem: ut ei jure ejus commodum quæri possit, quod facile explicari possit scientia litterarum. *l.* 93. § 1. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

§ 3. *Qualis debeat esse jussus patris aut domini.*

XLII. 1.° *Is jussus esse debet qui ad tempus quo ex hoc jussu adeatur Hereditas, perseveret.*

Sed si posteaquam jussit, pœnitentiam egit priusquam adiret; nihil agit adeundo. *d. l.* 25. § 14.

Hac etiam ratione Si per epistolam servo pupilli tutor Hereditatem adire jusserit; si post subscriptam epistolam tutor moriatur antequam ex epistola servus adiret, nemo dicturus est obligari postea pupillum Hereditati. *l.* 50. MODESTIN. LIB. SINGUL. DE EUREMATICIS.

Hinc etiam Africanus in specie sequenti: Qui servum suum heredem institutum adire jusserat; priusquam ille adiret, furiosus est factus (2): negavit recte servum aditurum quoniam nonnisi voluntate domini acquiri Hereditas potest: furiosi autem voluntas nulla est. *l.* 47. AFRICAN. LIB. 4. QUÆSTION.

XLIII. 2.° *Jussus debet non esse erroneus. V. G.* Pater quotiens filio mandat adire, certus esse debet an pro parte an ex asse; et an ex institutione, an ex substitutione; et an testamento, an ab intestato, filius suus heres existat. *l.* 93. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

Sed si mandavit quasi ex asse instituto, et inveniatur ex parte; non puto ex jussu adisse. Quod si ex parte jussit, potest ex asse (3) adire.

Aliter atque si mandavit quasi ab intestato, et ex testamento adit. Nam non puto quidquam egisse.

At si ex testamento mandavit; poterit ab intestato; quoniam non fecit deteriorem conditionem patris.

Idemque et si quasi instituto præcepit, et inveniatur substitutus; vel contra. *sup. d. l.* 25. § 11.

Sed si mandavit ut patris adiret, si autem et impuberi substitutus; non sufficit jussum. *d. l.* 25. § 12.

Plane si sic mandavit, SI QUA EX TESTAMENTO Lucii-Titii deferatur Hereditas; potest dici jussu adiisse. *d. l.* 25. § 13.

XLIV. 3.° *Debet esse jussus specialis. Hinc Ulpianus*: Sed utrum generaliter quæcumque tibi Hereditas fuerit delata, an specialiter; Et magis placet (ut Gaius-Cassius scribit) specialiter debere mandare. *d. l.* 25. § 5.

XLV. 4.° *Jussus debet esse expressus, non is qui per consequentias inducatur.*

Hinc Si (4) ex sua parte dominus vel pater adierit, necessarium est jussum ut filius vel servus coheredes adeant. *l.* 36. POMPON. LIB. 3. AD SABIN.

Item Sed si ex duobus filiis unum jusserit, debebit et alium filium jubere adire. *l.* 35. § 2. ULP. LIB. 9. AD SABIN.

XLVI. *Huic jussui certus modus poni potest. V. G.* SI CORAM TITIO jussit adire, si ARBITRIO LUCII-TITII; recte puto jussisse. *d. l.* 25. § 10.

Observa autem quod CORAM TITIO aliquid facere jussus, non videtur præsente eo fecisse nisi is intelligat. Itaque si furiosus aut infans sit aut dormiat; non videtur coram eo fecisse. Scire autem, non etiam velle is debet: nam et invito eo recte fit quod jussum est. *l.* 209. *ff. de Verb. signif.* FLORENT. LIB. 10. INSTITUT.

Jussus etiam in ejus qui adire jubetur arbitrium recte confertur, tanquam in arbitrium boni viri.

Hinc in hac specie: Pater filio ita scripsit: SCIO FILI QUOD PRO TUA PRUDENTIA INVIGILABIS HEREDITATI DELATÆ TIBI LUCII-TITII; puto jussu patris adiisse. *d. l.* 25. § 8.

Quid si mandavit; SI EXPEDIT ADIRE, adito; SI PUTAS EXPEDIRE ADIRE, adito? Erit jussu aditum. *d. l.* 25. § 9.

Hoc sic accipe, si filius aut servus eamdem diligentiam adhibuerunt quam bonus vir adhibuisset.

Hinc in altera specie: Filiusfamilias heres scriptus patrem suum certiorem fecerat videri sibi solvendo esse Hereditatem. Pater rescripserat sibi parum idoneam renuntiari; itaque debere eum diligentius explorare, et ita adire si idoneam comperisset. Filius acceptis litteris patris, adiit Hereditatem: dubitatum est an recte adiisset? Probabilius dicetur, quandiu persuasum ei non sit solvendo

(1) Tale enim Mandatum est contra bonos mores: nam *Improbus est qui sollicitus est de vivi Hereditate.*

(2) Dominus.

(3) Finge filium institutum ex semisse: Si jussus adire ex semisse ex quo institutus est, adeat ex asse; valet aditio: quia adeundo ex asse, adiit ex semisse qui in eo continetur et ex quo institutus et adire jussus est. Quod si pater mandaverit ei ut ex asse adiret, et adeat ex semisse; aditio non valet. Non enim ex voluntate patris adit, qui volebat habere assem: forte non curasset habere duntaxat semissem.

(4) Dominus et servus ejus singuli ex certis partibus scripti fuerunt.

esse Hereditatem, patrem non obligasse. *l.* 51. § 1. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

ARTICULUS IV.

Quando Hereditas adiri possit, et quarum rerum scientia requiratur, necne in eo qui adit.

Non prius quis adire Hereditatem potest quam hæc tria concurrant; 1.° Ut ipsi delata sit; 2.° Sciverit sibi esse delatam; 3.° Sciverit ex qua causa.

§ 1. *Delatam esse oportere Hereditatem, ut adeatur.*

XLVII. *Hoc est quod ait Ulpianus:* Sed ita demum Pro herede gerendo Acquiret Hereditatem, si jam sit ei delata. Cæterum ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus (1), ex iisdem causis nec Pro herede gerendo quidquam agere sciendum est. *l.* 21. § 2. ULP. LIB. 7. AD SABIN.

V. G. Neminem Pro herede gerere posse, vivo eo cujus in bonis gerendum sit, Labeo ait. *l.* 27. POMPON. LIB. 2. AD SABIN.

Cum non adeatur utiliter Hereditas nisi quæ jam delata est, videndum quando deferatur.

Jure antiquo quod Legem Papiam præcessit; heredi testamentario, nisi sub conditione institutus sit, defertur Hereditas statim a morte testatoris: quod si sub conditione, tunc defertur quum conditio exstitit. Lege Julia et Papia, heredi extraneo ex parte scripto Hereditas non deferebatur nisi ex die apertarum (2) tabularum: in herede ex asse scripto licet extraneo item in heredibus necessariis sive ex asse, sive ex parte scriptis, juri antiquo locus erat. Patet etiam Legi Papiæ locum esse non potuisse, quum heres per nuncupationem institutus erat.

Justinianus Legem caducariam abrogavit; ita ut necesse non sit expectare apertarum tabularum ut heredi scripto deferatur Hereditas. l. un. Cod. de Caducis tollend.

XLVIII. *Et hæc quidem de iis quæ requiruntur ut heredi primo gradu instituto deferatur Hereditas.*

Ut autem substituto deferatur, non sufficit testatorem mortuum esse et apertas esse tabulas; sed oportet aut defecisse institutum, aut repudiasse.

Hinc de eo ipso qui primo gradu institutus, et coheredi substitutus est, et ex sua institutione adiit, ait Ulpianus: Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quotiens acquirere sibi possit (3). Nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem (4). *l.* 81. ULP. LIB. 13. AD LEG. JUL. ET PAP.

Igitur Quandiu prior heres institutus Hereditatem adire potest, substitutus non potest. *l.* 13. ULP. LIB. 6. AD SABIN.

Nam Quandiu institutus admitti potest substituto locus non est, nec ante succedere potest quam excluso herede instituto.

Eveniet igitur ut necessarium sit remedium Prætoris, et circa denegandas primo actiones (5), et circa præstituendum tempus substituto, quia intra diem primo præstitutum neque adire Hereditatem potest, neque Pro herede gerere. Is autem qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse potest succedere. Ergo expectamus in singulis ut prius eis deferatur Hereditas, tunc deinde posteaquam delata est expectamus diem præstitutum; intra quem diem nisi aut adeat aut Pro herede gerat, denegamus ei actiones. *l.* 69. ULP. LIB. 60. AD ED.

Ita autem lapsus temporis quod instituto sive judex, sive testator scripsit expectandus est a substituto, nisi institutus adire posse desierit.

Hinc Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat Hereditatem; et, si non ita adierit, alius ei substituatur; prior autem heres antequam adiret, decesserit: nemo dubitat quin substitutus ultimum diem aditionis expectare non solet (6). *l.* 72. PAUL. LIB. 1. AD PLAUT.

XLIX. *Vidimus quando tam instituto quam substituto Hereditas deferatur.*

Quod attinet ad heredes ab intestato; Quandiu potest ex testamento adiri Hereditas, ab intestato non defertur. *l.* 39. ULP. LIB. 41. AD ED.

Et Quandiu possit valere testamentum, tandiu legitimus non admittitur. *l.* 89. *de Reg. Jur.* PAUL. LIB. 10. QUÆST.

L. *Quemadmodum extranei heredes non possunt Hereditatem adire priusquam sit delata; ita etiam necessariis heredibus non prius acquiritur, ut dicitur in specie sequenti.* Si filius heres institutus sit, omisso posthumo, filioque substitutus nepos ex eo

(1) Vid. infra Sect. 2.

(2) Lex Papia vetabat heredem scriptum ante apertas tabulas adire; ut fiscus, si interim decederet, partem hanc tanquam caducam vindicaret. Quæ ratio non occurrebat in herede ex asse scripto: eo enim deficiente res redibat ad causam intestati; adeoque heredibus ab intestato fiebat locus, non fisco.

(3) Finge plures heredes institutos esse, quorum unus uni ex coheredibus suis substitutus est. Is antequam pars coheredis cui substitutus est ipsi ex substitutione deferretur (puta dum coheres deliberat) adiit Hereditatem. Quæritur an etiam ex substitutionis causa adivisse videatur? Negat Ulpianus, quia toties demum partem ex qua substitutus est quis adivisse videri potest, quoties eam acquirere potuit: Nondum autem poterat eam acquirere, cum ipsi nondum delata fuisse supponatur.

(4) Jus substitutionis. Sensus est: si heres ille mortuus esset antequam ex substitutione pars coheredis ipsi deferretur, certe nullum jus ex hac substitutione ad heredem suum transtulisset. Cur ita? Nisi quod nullum jus ex substitutionis causa acquirere potuit, antequam ipsi deferretur; adeoque non potest videri ex hac causa adivisse.

(5) Nisi adeat intra tempus ipsi præstitutum.

(6) Nam statim atque mortuus est institutus qui nondum adierat, defertur substituto substitutionis causa. Idem est, si institutus repudiaverit.

sit; si interim moriatur (1) filius, posthumo non nato, nepotem tam patri quam avo (2) Suum heredem futurum. Quod si nemo filio substitutus sit, et solus ipse institutus sit; tunc quia eo tempore quo is moriatur certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore; ipse filius intestato patri heres existat: sicut evenire solet quum sub ea conditione quæ in ipsius potestate erit, filius heres institutus, priusquam ei pareret; moriatur (3). *l.* 16. *ff. de Lib. et Posth.* African. lib. 4. quæst.

§ 2. *De delatæ Hereditatis scientia.*

LI. *Qui adit, scire debet sibi delatam esse Hereditatem. Nam* In totum (4) omnia quæ animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt. *l.* 76. *de Reg. Jur.* Papin. lib. 24. quæst.

Hinc 1.° Qui Hereditatem adire, vel Bonorum possessionem petere volet, certus esse debet defunctum esse testatorem. *l.* 19. Paul. lib. 59. ad Ed.

Igitur Heres institutus, si putet testatorem vivere quamvis defunctus sit, adire Hereditatem non potest. *l.* 32. Ulp. lib. 8. ad Sabin.

LII. *Hinc* 2.° Sed et si scit se heredem institutum, sed utrum pure an sub conditione ignoret; non poterit adire Hereditatem, licet pure heres institutus sit; et sub conditione (5), licet paruerit conditioni. *d. l.* 32. § 1.

Sed et si quum esset pure institutus, putavit sub conditione; et impleta conditione quam injunctam [a] putavit, adiit; an possit Acquirere Hereditatem? Consequens est dicere, posse eum adire; maxime cum hæc suspicio nihil ei obfuerit nec periculum attulerit (6).

Facilius quis admittet si quis pure institutus putabit se sub conditione institutum, conditionemque impletam quam in eventum (7) putabat. Nam in nullo hæc suspicio obfuit. *l.* 34. § 1 Ulp. lib. 8. ad. Sabin.

LIII. *Cum scire debeat heres (ut adire possit) sibi delatam Hereditatem; inde etiam sequitur quod scire debet testamentum in quo scriptus est heres, valere.*

Igitur: Sed et si de conditione testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit; non poterit adire Hereditatem: etsi ejus conditionis sit in veritate, ut testari poterit. *l.* 32. § 2. Ulp. lib. 8. ad Sabin.

Quod si dubitet, apud hostes decessit, an Civis Romanus: quoniam utroque casu est jus adeundi (8), et in re est ut possit adire; dicendum est posse adire. *l.* 33. Paul. lib. 12. ad Plaut.

Similiter Quum falsum testamentum diceretur: si quidem ipse heres accusaretur; quoniam certus esse debeat se falsum non fecisse, recte adibit Hereditatem: sin autem alius argueretur citra conscientiam ejus, non potest adire quasi dubitet verum esse testamentum. *l.* 46. African. lib. 1. quæst.

LIV. *Hinc etiam sequitur quod non potest adiri Hereditas ejus cujus vidua putatur prægnans; eum paritura qui si nasceretur, aut testamentum rumperet, aut proximos ab intestato excluderet.*

Sed Quod dicitur Proximus a filio postumo heres, dum mulier prægnans est aut putatur esse, adire Hereditatem non potest: sed si scit non esse prægnantem, potest: accipe Proximus a ventre (9) qui Suum heredem pariturus est.

Et non solum ad testatos hæc verba, verum ad intestatos (10) quoque pertinent. Et in eo ventre idem accipias qui legitimum vel consanguineum pariturus est: quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro jam nato habetur. Idemque (11) et per Bonorum possessionem Edictalem. Denique (12) Prætor mittit ventrem in possessionem. *l.* 30. § 1. Ulp. lib. 8. ad Sabin.

Sive igitur putem prægnantem, sive sit revera prægnans quæ cum paritura est qui Suus heres

(1) Dum prægnans est mulier.

(2) Ex substitutione: pater enim ejus non fuit heres, nec ei Acquiri potuit Hereditas. Nam nec ex testamento ei delata est; cum mortuus sit eo tempore quum penderet adhuc an valiturum esset necne testamentum, quod poterat rumpi nativitate posthumi cujus nativitas sperabatur. Nec etiam ab intestato ei delata est: nec enim locus est ab intestato quamdiu potest esse testamento locus; ut hic revera locus fuit non nato posthumo.

(3) De quo casu vid. Tit. *de Liber. et posth.* lib. præced.

(4) In toto Jure, generaliter.

(5) Id est, si sit sub conditione institutus, et incertus sit quæ sit illa conditio: quamvis huic paruerit ignorans eam esse sub qua scriptus est, nondum potest; quia etsi ipsi delata sit Hereditas, nondum scit eam sibi delatam esse.

[a] *Florent.* injectam.

(6) Ea opinio *periculum afferre* dicitur, per quam inducitur heres ut credat Hereditatem quæ sibi delata est nondum esse delatam et sic adire prohibeatur. Opinio igitur quam heres habet in specie præsenti non affert periculum: cum credat Hereditatem esse delatam, erret tantum in modo quo delata est.

(7) Hic mendum irrepsisse arbitror, et legendum *Cujus in eventum se institutum putabat.*

(8) Propter Legem Corneliam quæ etiam ejus qui apud hostes decessit testamentum confirmat, quasi in civitate decesserit eo momento quo captus est.

(9) Id est, proximus ab eo qui in ventre est suo herede.

(10) Nam non defertur proximo agnato intestati Hereditas, quamdiu nasci potest posthumus *Suus* heres.

(11) Id est, quod dicimus Jure Civili obtinere, habet etiam locum jure Prætorio: ut non deferatur Bonorum possessio ex Edicto Prætoris proximis agnatis quamdiu nasci speratur filius, nec similiter, quamdiu speratur nasci proximus agnatus aut consanguineus, defertur inferioribus.

(12) Adeo qui in utero est pro jam nato habetur ad faciendam moram inferioribus et sibi locum faciendum, ut Prætor mittat ventrem in possessionem: de qua re vid. Tit. *de Ventr. in poss. mitt.* infra lib. 37.

futurus est; adire Hereditatem non possum : quoniam in eo est ut rumpatur testamentum; nisi si proponas ventrem institutum vel exheredatum. *d. l.* 30. § 2.

Quod dicitur SI PUTATUR ESSE PRÆGNANS, sic accipiendum est si dicat se prægnantem. Quid ergo si ipsa non dicat sed neget, alii dicant prægnantem esse? Adhuc adiri Hereditas non potest. Finge obstetrices dicere.

Quid si ipse (1) putat solus? Si justa ratione ductus, non potest adire; si secundum multorum opinionem, potest. *d. l.* 30. § 3.

Quid ergo si prægnans fuit quum putaret heres non prægnantem, et adiit, mox abortum factum est : procul dubio nihil egerit (2). Totiens igitur ei sua præsumptio proficit, quotiens concurrit cum veritate. *d. l.* 30. § 4.

LV. *In his autem omnibus non quid senserit vulgus, sed quid sciverit qui Hereditatem adit, attenditur.*

Hinc Si certus sum non esse falsum testamentum vel ruptum, licet dicatur esse, possum adire Hereditatem. *d. l.* 30. § *fin.*

V. G. Rei perduellionis Hereditatem, suspensa cognitione, filius emancipatus cui de patris innocentia liquet, potest quærere. *l.* 86. § 1. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Sed et si ipsa mulier heres instituta sit quæ se prægnantem fingit (3) adeundo acquiret Hereditatem. Per contrarium non acquiret si se putet prægnantem, cum non sit. *sup. d. l.* 30. § 5.

LVI. *Unum adhuc quæri potest :* Scientia autem vel opinio si filiusfamilias vel servus instituti sunt, utrum ipsorum, an domini vel patris accipienda sit? Finge patrem putasse prægnantem, filium certum esse (4); finge et sic adire : an acquirat Hereditatem? Puto acquirere; sed contra (5), non acquirere. *d. l.* 30. § 7.

LVII. *Quod hactenus diximus, scientiam delatæ Hereditatis ad aditionem requiri, ad necessarios heredes trahendum non est. Cum enim illi ignorantes et inviti heredes existant, sufficit, ad acquirendam ipsis hereditatem, eam esse delatam; nec necesse est ut delatam esse sciant.*

Patris V. G. etiamsi hujus mortem ignorent, Hereditas liberis Suis Acquiritur. Unde Diocletianus et Maximianus ita Catoniæ rescribunt : Apud hostes patre defuncto, filia communis vobis, quo casu mortis scientia non postulatur, heres extitit sua et ad te transmisit successionem. *l.* 8. *Cod. de Suis et legit. liberis, etc.*

Item Suum heredem certum est ex asse heredem esse, etsi putat esse prægnantem mulierem quæ non est prægnans. *sup. d. l.* 30. § 6.

Hoc discrimen inter voluntarios et necessarios heredes notaverat Papinianus. Ventre præterito, si filius qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit; quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento Hereditas. Sed si vacuo ventre (6) mulier fuit et incerto eo (7) filius in familia retentus (8) vita decessit; heres fuisse intelligitur (9). Emancipatus aut exter non aliter possunt Hereditatem quærere, quam si non esse prægnantem sciant (10). *l.* 84. PAPIN. LIB. 16. QUÆST.

Obiter nota quod subjicit : Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil (11)? Et ideo Decreto (12) filio succurrendum est; quia sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit ut emancipato quoque subveniri debeat, qui (13) alterutro casu rem omnimodo habiturus est. *d. l.* 84.

§ 3. *De scientia causæ ex qua Hereditas delata sit.*

LVIII. *Qui adit, scire debet ex qua causa ipsi delata sit Hereditas.*

Hinc Eum qui duobus testamentis ejusdem testatoris heres scribitur, cum dubitet num posterius falsum sit, ex neutro (14) eorum posse adire Hereditatem placet. *l.* 51. AFRICAN. LIB. 4. QUÆST.

(1) Heres.

(2) Nam cum revera prægnans esset mulier, revera nondum erat ei delata Hereditas quam adivit.

(3) Recte *fingit :* scit autem se non esse prægnantem; et hac certa scientia adit.

(4) Non esse prægnantem, et delatam esse Hereditatem.

(5) Id est, sed in casu converso, scilicet si filius putaverit prægnantem quamvis pater sciret non esse : puto filium inutiliter adire et adeundo patri non Acquirere; igitur scientia et opinio ipsius heredis attenditur, non ejus cui quæritur Hereditas. Non obstat quod dicitur in l. 93. ff. h. tit. patrem qui jubet adire certum esse debere an filius ex testamento an ab intestato heres sit : hoc enim duntaxat eo pertinet ut debeat determinate jubere ex qua causa adeat filius.

(6) Quamdiu nasci potest posthumus cujus agnatione rumpi possit testamentum in quo præteritus est, non defertur ex eo testamento Hereditas; cum incertus sit testamenti exitus. Vacuo autem ventre, cum nullus nasciturus sit posthumus, defertur ex testamento Hereditas.

(7) An vacuus venter sit, necne; adeoque an ex testamento delata sit Hereditas necne.

(8) Et in eo testamento heres scriptus.

(9) Sufficit enim quod revera vacuus venter fuerit, nullus potuerit nasci posthumus, adeoque delata fuerit ex testamento Hereditas; quamvis hæc ignoraverit.

(10) Quia oportet ut sciant Hereditatem esse delatam : in quo extraneus differt a *Suo.*

(11) Quod stricto jure ita esse deberet; quia ante delatam Hereditatem moritur, adeoque antequam quicquam sibi quæsiverit.

(12) Bonorum possessione Decretali concessa, scilicet aut *Contra tabulas*, aut *Unde liberi.*

(13) Id est, qui, si vixisset, ad Hereditatem aut Bonorum possessionem patris venisset alterutro casu, sive posthumus natus fuisset, sive non : nam et si natus fuisset, admissus fuisset cum illo ad Bonorum possessionem *Unde liberi.* Iniquum est hanc incertam posthumi spem ei nocuisse.

(14) Non ex priori, de quo dubitat num sit ruptum per posterius; nec ex posteriori, de cujus veritate dubitat.

Multo magis Si is ad quem legitima Hereditas pertinet, putaverit defunctum servum suum esse, et quasi peculium ejus nactus sit; placet non obligari eum Hereditati. *l.* 22. PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

Idem ergo dicemus, ut ait Pomponius, si quasi libertini sui, quum ingenuus esset, bona ejus occupavit. Nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet qua ex causa hereditas ad eum pertineat. Veluti agnatus proximus justo testamento scriptus heres antequam tabulæ proferantur, cum existimaret intestato patremfamilias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit. Et idem Juris erit; si non justo testamento scriptus heres prolatis tabulis, cum putaret justum esse, quamvis omnia pro domino administraverit, hereditatem tamen non acquiret. *d. l.* 22.

§ 4. *Quarum rerum ignorantia aditioni Hereditatis non officiat.*

LIX. Si quis partem ex qua institutus est ignoravit; Julianus scribit nihil ei nocere quominus Pro herede gereret (1).

Quod et Cassius probat, si conditionem sub qua heres institutus est non (2) ignorat; si tamen extitit conditio sub qua institutus est. Quid tamen si ignorat conditionem extitisse? Puto posse (3) adire hereditatem: quemadmodum si ignorat an coheredis cui substitutus est repudiatione, portio ei delata sit. *l.* 21. § *fin.* ULP. LIB. 7. AD SABIN.

Multo magis Suus heres existere poterit heres, quamvis pro qua parte ignoretur. Et quidem Illud sciendum est, si mulier prægnans non sit, existimetur autem prægnans esse; interim filium heredem esse, quanquam ignoret se ex asse heredem esse (4). *l.* 5. *ff. Si pars heredit. petat.*

Idem est in extraneo; si ex certa portione heres institutus sit, ex reliqua (5) posthumi.

Quod si forte ita institutio facta est, QUOTCUMQUE MIHI NATI ERUNT, ET LUCIUS-TITIUS, PRO VIRILIBUS PORTIONIBUS HEREDES MIHI SUNTO; habebit hæsitationem numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit? Sed utilius est posse eum adire, qui nescit portionem; si cætera quæ oportet eum scire, non ignoret. *d. l.* 5. § 1.

Quid si unum in utero habeat, an ex parte dimidia sit heres (6); sive institutum posthumum proponas, sive intestatum patrem decessisse? Quod et Sextum-Pomponium opinatum Tertullianus lib. 4 Quæstionum refert. Putasse enim, sicuti quum vacuo utero Suus ex asse heres est; ita et quum unum gerit, nec per naturam humanæ conditionis alium partum formare potest (quod quidem post certum tempus conceptionis eveniet), ex parte dimidia et ignorantem fore heredem; non ex quarta (7), ut Julianus putat. *l.* 30. § 6. ¶ *quid si.* ULP. LIB. 8. AD SABIN.

LX. *Non necesse est etiam ad adeundam Hereditatem, ut heres de sua conditione certus sit.*

V. G. De eo qui heres institutus ab aliquo, dubitat an libertas ei ex testamento domini obtigerit; cum nesciat conditionem libertatis extitisse vel Hereditatem aditam, an adeundo heres fiat, videndum? Julianus hunc diceret fieri heredem (8). *l.* 74. § 4. PAUL. LIB. 12. AD PLAUT.

Sed et si de sua conditione quis dubitet an filiusfamilias sit, posse eum acquirere Hereditatem jam dictum est. Cur autem si suam ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest;

(1) At si expresse adiret pro alia parte quam ex qua scriptus est; aditio non valet: ut vid. supra ex l. 75. N. 21. Ratio disparitatis est, quod in specie hujus legis 21 vult aliquis adire partem ex qua scriptus est; qualiscumque illa sit, quamvis eam ignoret: at in specie supra dictæ legis 75 non potest dici voluisse eum adire partem ex qua scriptus est, quum determinate cogitavit de diversa.

(2) Cujacius (Tract. 1. *ad African.*) censet demendam negationem; et hunc esse legis sensum: *Quod Julianus scribit*, ut possit quis adire quamvis nesciat ex qua parte sit scriptus, hoc *et Cassius probat* in eo qui scit quidem se sub conditione institutum, sed nescit sub qua conditione: modo tamen conditio extiterit; adde, et sciverit extitisse. Vid. N. seq.

(3) Cujacius censet hic reponendam negationem, quam supra demsit; legendumque, *Puto non posse adire.* Et vero qui hoc ignorat, sibi delatam esse Hereditatem ignorat; adeoque adire non potest: ut constat ex toto § 2. hujus Art. et ex his quæ sequuntur: nam qui ignorat delatam sibi ex substitutione portionem, non potest eam ex substitutione adire. Accursius qui lectionem retinet, ut se ab hoc nodo expediat, ait in hac specie ignorasse quidem, sed tamen vehementer opinatum fuisse conditionem extitisse. Sed quam divinatorie hoc dicitur!

(4) Hoc indubitatum est in *Suo* Herede cui sufficit delatam esse Hereditatem ut ipsi Acquiratur, quamvis ignoretur an sit delata.

(5) Si posthumi non essent instituti, extraneus non posset adire. Quamvis enim in hac hypothesi in qua venter revera vacuus fuisse supponitur, delata ei revera foret Hereditas; tamen quandiu ignorat an nascituri non sint posthumi quorum nativitate rumpatur testamentum, ignorat an sibi sit delata; quod sufficit ut interim adire non possit, ut vidimus § præced. Verum cum posthumi supponantur instituti; timeri non potest ne rumpatur testamentum: adeoque heres scriptus, certus est sibi delatam esse Hereditatem; quod sufficit ut adire possit: ignorat duntaxat an ex parte, an ex asse sit ipsi delata; quæ scientia non requiritur.

(6) Qui natus erit.

(7) Julianus putabat jam natum interim duntaxat ex quarta heredem esse; quia in opinione hominum incertum esset num tres posthumi nascerentur, qui tres hereditatis quadrantes ferrent. Hæc autem opinio reprobatur; quia in hac specie, non quid sit in opinione hominum, sed quid sit in rei veritate inspici debet: porro in rei veritate certum est unum duntaxat posse nasci.

(8) Secus foret, si non solum dubitasset, sed prorsus existimasset se esse servum: nam hic adeundo non haberet animum Acquirendæ sibi Hereditatis, quem habet is qui duntaxat incertus est de suo statu.

illa ratio est quod qui conditiooem testatoria ignorat, an valeat testamentum dubitat (1); qui de sua, de testamento eertus est. *l.* 34. Ulp. lib. 8. ad Sabin.

Hinc Julianus. Multum interest conditio facti, an juris esset. Nam hujusmodi conditiones Si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus erit, quamvis impletæ essent, impedieut heredem circa adeundam Hereditatem quandiu ignoraret eas impletas esse. Quæ vero ex jure venient, io his nihil amplius exigeudom quam ut impletæ siut: veluti si quis se filiumfamilias existimat quum sit paterfamilias, poterit Acquirere Hereditatem. Quare et ex parte heres scriptus qui ignorat an tabulæ testamenti aperte sint (2), adire Hereditatem poterit. *l.* 21. *ff. de Condit. et demonstr.* Julian. lib. 31. Digest.

Simili ratione Qui se pupillum falso existimaos eum esset pubes, Pro herede gessit; quominus heres existat, nihil error talis ei noeebit. *l.* 96. Hermogen. lib. 3. Juris epitomar.

ARTICULUS V.

De effectu aditionis Hereditatis, et Immixtionis Suorum heredum.

Aditionis effectus est, ut Hereditas Acquiratur. Quocirca videndum: 1.° *Cui quis adeundo Hereditatem Acquirat;* 2.° *Pro qua parte quisque adeundo sibi eive in cujus potestate est Hereditatem Acquirat;* 3.° *Quis sit Acquisitæ Hereditatis effectus.*

Cum autem heredibus Suis non Acquiratur Hereditas, sed ipso Jure in omnia jura defuncti succedant; is solus est Immixtionis ipsorum effectus, ut excludantur a beneficio abstinendi: de quo Part. seq.

§ 1. *Cui quis adeundo Hereditatem Acquirat.*

LXI. *Heres Hereditatem adeundo, eam sibi Acquirit si sui juris sit.*

Quod si sit in alterius potestate; illi in cujus potestate est et cujus jussu adit, Hereditatem Acquirit.

Et quidem Placet quoties Aequiritur per aliquem Hereditas vel quid aliud ei cujus quis in potestate est, confestim Acquiri ei cujus est in potestate; neque momento aliquo subsistere in persona ejus per quem Acquiritur, et sic Acquiri ei cui Acquiritur. *l.* 79. Ulp. lib. 2. ad Leg. Jul. et Pap.

An autem sui alienive juris sit, ut sibi eive in cujus potestate est Acquirat; inspicitur ipso tempore quo adit.

Hinc Non est dubium, si priusquam filius jussu patris adierit Hereditatem, propriæ potestatis effectus sit; arbitrio suo eumdem hanc sibi potuisse quærere. *l.* 15. *Cod. de Jure delib.* Constantius.

LXII. *Quod dicimus heredem qui alieni juris est Hereditatem ei cujus juri subjectus est quum adit, Acquirere; exceptionem patitur in Hereditatibus castrensibus: ut videb. Tit.* de Castr. peeul. *infra lib.* 49.

Hereditatem autem Castrensem *hic appellamus ex persona heredis, scilicet quum heres occasione castrorum seu militiæ a commilitone institutus est; non vero eam ita appellamus ex persona testatoris.*

Hinc Paulus respondit, Si jussu avi nepos, patris qui de castrensi peculio testamentum fecit, Hereditatem adiisset; Acquisisse ei ea de quibus pater testari potest: qoia castrensia esse mutatione (3) personæ desierint. *l.* 90. § 1. Paul. lib. 12. respons.

Uno etiam casu singulari filiusfamilias qui Hereditatem quamvis paganicam adiit, perinde habetur ac si paterfamilias eam adivisset. Hunc casum ita refert Marcianus: Quum heres institutus erat filius, et habebat patrem furiosum in cujus erat potestate; interponere se suam benevolentiam Divus Pius rescripsit: ut, si filiusfamilias adierit, perinde habeatur atque si paterfamilias (4) adisset: permisitque ei et servos Hereditatis maoumittere. *l.* 52. Marcian. lib. 4. Institut.

Novo Jure filiusfamilias sibi Hereditatem, non patri Acquirit; usufructu duntaxat patri servato: ut vid. supra lib. 1. *Tit.* de His qui sui vel alien. jur.

§ 2. *Pro qua parte quisque adeundo Acquirit Hereditatem.*

LXIII. *Qui Hereditatem adit, non solum pro ea parte ex qua eam adit, sed et pro cæteris partibus quæ tunc ipsi delatæ sunt, eam Acquirit.*

V. G. Si ex asse heres, destinaverit partem habere Hereditatis; videtur in assem Pro herede gessisse. *l.* 10. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Enimvero Qui totam Hereditatem Acqoirere potest, is pro parte eam scindendo adire oon potest. *l.* 1. Paul. lib. 2. ad Sabin.

Sed et si quis ex pluribus partibus in ejusdem Hereditate institutus sit; non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. *l.* 2. Ulp. lib. 4. ad Sabin.

Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem Omittere non possum.

Nec ioterest io quibusdam habeam substitutum, oecne. *l.* 80. Paul. lib. 5. ad Leg. Jul. et Pap.

Idem puto, etiam si aliis mixtus heredibus ex

(1) Adeoque an ex testameoto delata sit Hereditas.

(2) Apertio Tabularum est conditio *Juris*, sine qua Heres ex parte scriptus adire non potest. Igitur cum *Juris* conditio sit; sufficit impletam esse: necesse non est ut heres impletam sciat. *Juris* autem conditionem esse patet, utpote legibus (nempe caducariis) introductam: ad heredem autem ex parte pertinet, non ad heredem ex asse. Vid. infra ad Titulos *de Legatis* Part. 5.

(3) Bona castrensia erant in persona testatoris qui ea in castris quæsiverat; desinunt esse castrensia in persona heredis qui non occasione suæ militiæ factus est heres.

(4) Ac si paterfamilias esset.

pluribus partibus heres institutus sim; quod et hic adeundo unam portionem, omnes Acquiro : si tamen delatæ sint. *d. l.* 80. § 1.

Nec tamen necesse est ut sciat is qui adit, cæteras partes sibi esse delatas.

Hinc idem Paulus : Heredi cum posthumo instituto reliquæ partes accrescunt quæ posthumo datæ sunt; si certum sit non esse prægnantem (1), licet heres ignoret. *l.* 31. PAUL. LIB. 2. AD SABIN.

LXIV. *Dicimus eum qui ex parte adit Hereditatem, etiam pro cæteris partibus quæ tunc ipsi delatæ sunt eam acquirere; etiamsi in his substitutum haberet. Quod si ex cæteris illis partibus scriptus sit sub conditione quæ nondum extiterit; eas partes pariter non expectata conditione Acquiret, si nec in his substitutum aliquem habeat nec coheredem.*

Hoc docet Marcianus. Qui ex parte heres institutus est pure, ex parte sub conditione, solus; etiam pendente conditione si adierit Hereditatem, ex asse heres erit : quia solus heres futurus est omnimodo (2), nisi habeat in conditionalem partem substitutum. *l.* 52. § 1. LIB. 4. INSTITUT.

Consonat quod ait Gaius. Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione; et ex pura institutione adierit et decesserit, postea que conditio extiterit : ea quoque pars ad heredem ejus pertinet. *l.* 53. LIB. 14. AD LEG. JUL. ET PAP.

V. G. Si quis ita scripserit TITIUS EX PARTE DIMIDIA HERES ESTO, idem Titius ex altera parte dimidia SI NAVIS EX ASIA VENERIT heres esto : quum ex pura institutione adierit heres, quamvis conditio alterius institutionis pendeat, ex asse fit heres; scilicet etiam conditione deficiente, cum non prosit ei conditio quicquam existens : quippe cum non dubitetur quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit, nec præterea quisquam alius, ipse ex asse heres institui videatur (3). *l.* 33. *ff. de Hered. instit.* GAIUS LIB. 2. DE TESTAMENTIS AD ED. PRÆTORIS URBANI.

LXV. *Quod si is qui ex parte sibi delata adit, in altera parte ex qua scriptus est, et cujus conditio pendet, substitutum habeat; expectandus erit conditionis eventus. Fieri enim potest ut ea deficiente, non ipsi, sed substituto acquiratur. Nam si te solum ex parte dimidia pure, ex altera sub conditione heredem instituero, et substituero tibi; non existente conditione, substitutum ex ea parte heredem fore Celsus ait. l.* 27. *ff. de Hered. instit.* POMPON. LIB. 3. AD SABIN.

Similiter in casu quo is qui ex parte sibi delata adit, nullum quidem in altera parte cujus conditio pendet, substitutum habet, sed habet coheredem; adhuc expectanda erit conditio hujus partis : scilicet pro parte quæ conditione deficiente coheredi accresceret; pro ea autem quæ ipsi accresceret, non expectatur.

Hoc docet Celsus in specie sequenti. Si ita scriptum fuerit : Titius ex parte tertia, Mævius ex parte tertia heredes sunto : Titius SI INTRA TERTIAS KALENDAS NAVIS EX ASIA VENERIT, ex reliqua parte heres esto : videamus ne Titius statim ex semisse heres sit. Nam duo heredes instituti sunt : sed Titius aut ex semisse, aut ex besse (4). Ita sextans utique erit in pendenti. Et si conditio extiterit, ex besse heres erit; si non extiterit, ille sextans Mævio accrescet. Sed si decesserit Titius antequam conditio existat, deinde conditio extiterit; tamen ille sextans non Titii heredi, sed Mævio accrescet. Nam quum adhuc dubium esset Titio an Mævio is sextans datus esset, Titius decessit; nec potest intelligi datus ei qui tempore dandi (5) in rerum natura non fuit. *l.* 59. § 6. *ff. de Hered. inst.* CELSUS LIB. 16. DIGEST.

LXVI. *Vidimus heredem qui ex parte sibi delata adiit, et ex altera sub conditione scriptus est, quum in ea parte substitutum habet aut coheredem, expectare debere conditionem. Quum autem conditio extiterit, opusne ei erit secunda aditione; an ipso Jure hæc pars ei Acquiretur? Et regulariter absque nova aditione hæc pars Acquiretur; ut in hac specie.* Titius ex semisse heres esto : Seius ex quadrante heres esto : Titius SI IN CAPITOLIUM ASCENDERIT, ex alio quadrante heres esto. Antequam capitolium ascendat, si Pro herede gerat, ex semisse (6) heres erit : si capitolium ascenderit, et ex quadrante (7) heres erit; nec erit ei necesse Pro herede gerere, quippe jam (8) heredi. *d. l.* 59. § 5.

Hoc tamen ita demum obtinet si heres ille sui juris fuerit, et nullam status mutationem passus sit. Alioquin nova aditione opus erit. V. G. Item si servus meus ex parte heres institutus sit pure,

(1) Imo et si mortuus sit qui sperabatur posthumus : d. tit *de Hered. instit.* N. 66.

Cum ei ex necessitate juris accrescant (ut vid. lib. præced. Tit. *de Hered. instit.*) non opus est ejus scientia vel voluntate.

(2) Propter regulam Juris quæ non patitur aliquem partim testatum, partim intestatum decedere. Igitur secus esse deberet, si testamentum jure militari esset factum, in quo hæc regula non servatur.

(3) Vide rationem in Nota præced.

(4) Ex besse scilicet, si conditio alterius trientis extiterit; ex semisse autem si defecerit : nam hoc casu habebit primum trientem ex quo pure ipse scriptus est, et jure accrescendi dimidiam trientis cujus conditio defecit : quæ partes efficiunt semissem.

(5) Tempus conditionis existentis appellat *Tempus dandi*; quia eo demum tempore, id quod sub conditione datum est, cum effectu datur; eo demum tempore ei cui datum est quæritur. Non potest autem quæri tunc ei cui datum est, cum ille esse desierit.

(6) Adde, et ex duabus unciis in quadrante ex quo sub conditione scriptus est.

(7) Id est, ex reliqua parte quadrantis.

(8) Hic qui jam ex parte sibi delata adivit; ex altera parte, quum ipsi defertur, ipso jure et necessario absque nova aditione heres fit.

ex parte sub conditione, dato scilicet coherede (1); et jussu meo adierit; deinde eo manumisso conditio alterius portionis extiterit: verius est non mihi esse Acquisitam illam portionem, sed ipsum comitari. Omnia enim paria permanere debent in id tempus quo alterius portionis conditio extet: ut Acquiratur ei cui prior acquisita (2) est. *l.* 80. § 2. PAUL. LIB. 5. AD LEG. JUL. ET PAP.

Ego quidem puto, etsi adhuc in potestate sit, iterum adeundum esse si conditio extiterit. Et illud quod dicimus, SEMEL ADEUNDUM, in ejusdem persona locum habet; non quum per alium Acquirenda est Hereditas. *d. l.* 80. § 3.

LXVII. *Quod dicimus, ei qui semel ex parte sibi delata adiit, regulariter ipso Jure et citra novam aditionem Acquiri partes quæ quandoque postea ei deferentur; hoc locum habet sive ex utraque parte institutus fuerit, sive ex altera substitutus.*

Hoc docet Ulpianus. Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur Hereditas, Pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque (3) substitutionis quoniam invito quoque ei accrescit portio. Idem dico (4) et si filiusfamilias vel servus jussu domini vel patris adierint Hereditatem; mox emancipatus vel manumissus ex causa substitutionis adeant: erunt namque heredes. Sunt enim appendices præcedentis institutionis. *l.* 35. ULP. LIB. 9. AD SABIN.

Nec refert ex qua causa prius quis adierit. Unde Javolenus in specie sequenti: Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et Omittente partem suam Titio cui substitutus eras, ex substitutione adisses; deinde conditio jure sextantis extitisset; quæro an adire necesse habueris ne sextans tuus intereat? Respondit: Nihil interest utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione; cum ab utraque causa una aditio sufficiat. Sextans itaque qui sub conditionem datus mihi est, ad me solum pertinet. *l.* 76. JAVOLEN. LIB. 4. EPIST.

LXVIII. *Abunde vidimus eum qui ex diversis partibus scriptus est heres, non posse adita una alteram sibi delatam prætermittere.*

Similiter Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest Hereditatem ejus prætermittere.

Quod sic recipiendum est; etiamsi vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. Nam qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit. Nam (5) si ipsum invitum obligat; conjungi eam paternæ Hereditati, et accrescendi jure Acquiri cuicumque patris heredi existimandum est. *l.* 59. NERAT. LIB. 2. MEMBRAN.

Justininnus hæc jura confirmavit: edixitque ut qui jam aliqua parte Hereditatem agnovisset, eam ex cæteris partibus quæ postea deferreutur, necnon et substitutionem pupillarem agnoscere necesse haberet. *l.* 20. Cod. de Jure deliber.

§ 3. *Quis sit Acquisitæ Hereditatis effectus.*

LXIX. *Hoc ipso quod heres fit,* Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit; cum et ea quæ in nominibus sint, ad heredem transeant. *l.* 37. POMPON. LIB. 5. AD SABIN.

Dominium autem earum rerum quas defunctus habuit, adipiscitur sine ulla apprehensione; statimque de iis actione IN REM *agere potest.* Sed et heres de eo quod Hereditati obvenerit, recte agit; etiamsi possessionem ejus adhuc non habuerit (6). *l.* 50. § 1. *ff. de Rei vindic.* CALLISTR. LIB. 2. EDICTI MONITORII.

LXX. Jus *defuncti tam passive quam active accipitur. Succedit igitur heres in omnes obligationes defuncti, seu in onus æris alieni.*

Pro ea autem parte succedit pro qua ipsi Acquisita est Hereditas, non pro rata rerum ipsi prælegatarum. Hinc Severus et Antoninus: Neque æquam neque usitatam rem desideras ut æs alienum patris tui, non pro portionibus hereditariis exsolvatis tu et frater coheres tuus, sed pro æstimatione rerum prælegatarum; cum sit explorati Juris, in hereditaria onera ascriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec tu ipse ignorare videris, cum creditoribus secundum formam veteris Juris (7) pro portione tua caveris. *l.* 1. *Quod si certum pet.*

LXXI. Heres quandocumque adeundo Hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. *l.* 54. FLORENT. LIB. 8. INSTITUT.

Nam Omnis Hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. *l.* 138. *de Reg. Jur.* PAUL. LIB. 27. AD ED.

Et Omnia fere jura heredum perinde habentur,

(1) Nam si nullus coheres datus esset, conditio alteri parti inutiliter esset apposita; adeoque ex asse heres adeundo statim factus esset.

(2) Cum igitur omnia PARIA non permanserint; non mihi cui prior portio quæsita est, Acquiretur posterior. Igitur ipse iterum ex hac parte adire debebit; et, si adire noluit, accrescet hæc portio reliquis portionibus.

(3) Absque nova aditione; tunc demum tamen quum deferetur causa substitutionis.

(4) Hoc refert ad id quod dicit, eos fore heredes ex utraque causa. Cæterum eo casu ex causa substitutionis sibi Acquirent.

(5) Id est, si paternæ Hereditatis aditio, ipsum invitum obligat Hereditati pupilli (quæ Hereditas pupilli, potestate juris, conditione substitutionis existente, paternæ Hereditati conjungitur): consequens est ut hac juris potestate accrescendi jure Acquiratur pupilli Hereditas cuicumque patris heredi; id est, etiam heredis heredi apud quem paterna Hereditas invenitur. Jus enim accrescendi non fit personæ, sed rei: supra Tit. *de Hered. instit.* N. 64.

(6) Nam Hereditatis titulo, adita Hereditate, dominium quod defunctus habebat Acquirit ipso Jure, citra ullam rerum hereditariarum adeptam possessionem.

(7) Scilicet Legis XII Tabularum.

ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. *l.* 193. *d. tit.* CELSUS LIB. 38. DIGEST.

LXXII. *Is etiam est Acquisitæ per aditionem Hereditatis effectus; ut qui eam utiliter adivit, amplius non possit repudiare.*

Hinc Diocletianus et Maximianus. Sicut major viginti quinque annis antequam adeat delatam repudians successionem post quærere non potest; ita quæsitam renuntiando nihil agit, sed jus quod habuit retinet. Nec quod confessos (1) in Jure pro judicatis habere placuit, ad vocem repudiantis Hereditatem, sed ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet. *l.* 4. *Cod. de Rep. vel abstin. hered.*

Si is qui adivit Hereditatem, eam amplius repudiare non potest; multo minus heres ejus poterit.

Et generaliter In omni successione; Qui ei heres extitit qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse: nec potest Titii Omittere Hereditatem. *l.* 7. § 2. PAUL. LIB. 1. AD SABIN.

Quod autem dicimus aditam Hereditatem repudiari non posse, in pupillo exceptionem patitur.

Pupilli enim hac in re mutare consilium possunt. Eo autem casu, Pupillis quos placult oneribus hereditariis esse liberandos (2) confusas actiones restitui oportet. *l.* 87. § 1. ULP. LIB. 10. RESPONS.

(1) Sensus est: hæc regula *Confessi in Jure pro judicatis habentur*, non pertinet ad eos qui in jure Hereditatem quam repudiare non possunt, repudiant (hanc enim in Jure frustra repudiant); sed pertinet ad eos qui se confitentur debere aliquid.

(2) Cujacius ex hac lege colligit pupillum posse, Hereditatem quam adivit repudiando, etiam citra restitutionem in integrum, liberari ab oneribus Hereditariis quibus aditione sua se obligaverat. Hoc autem casu restituendæ etiam ei sunt actiones quas adversus Hereditatem habebat, et quæ ipsius aditione fuerant confusæ.

SECUNDA PARS.

De Repudiatione Hereditatis, et beneficio abstinendi.

SECTIO I.

De Repudiatione.

Ea de re videbimus: 1.º *Quomodo repudietur Hereditas; et quis, et quando repudiare Hereditatem possit.* 2.º *Agemus de repudiationis effectu.*

ARTICULUS I.

Quomodo quis et quando Hereditatem Repudiare possit.

§ 1. *Quomodo quis Repudiasse Hereditatem intelligatur.*

LXXIII. Recusari Hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis. *l.* 95. PAUL. LIB. 4. SENTENT.

Hinc ex eo quod quis Hereditatem sibi ex posteriori testamento inutiliter confecto, quod credebat valere, adit; hoc ipso eam Hereditatem quæ priori testamento jure confecto ipsi pariter relicta erat, videtur repudiare. Et hoc ex Papiniani sententia contra Pauli sententiam constitutum est; ut refert ipse Paulus in specie sequenti.

Clodius-Clodianus facto prius testamento, postea eumdem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat. Scriptus heres, cum posterius putaret valere, ex eo Hereditatem adire voluit; sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat repudiasse eum ex priore Hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam non repudiare eum qui putaret posterius valere. Pronunciavit (1) Clodianum intestatum decessisse (2). *l.* 97. PAUL. LIB. 3. DECRETORUM.

LXXIV. *Cæterum cum repudiationem sicut et aditionem voluntas ejus cui delata est Hereditas, constituat; non potest intelligi repudiasse, qui credidit se necessitati subjacere.*

Hinc Is qui putat se necessarium, quum sit voluntarius, non poterit Repudiare. Nam plus est in opinione (3) quam in veritate. *l.* 15. ULP. LIB. 7. AD SABIN.

(1) Imperator: si quidem desumpta est hæc lex ex libro Pauli DECRETORUM, seu *Sententiarum Imperialium in cognitionibus prolatarum.*

(2) Heres nec ex priori testamento heres est: cum enim nemo ex duobus ejusdem personæ testamentis heres esse possit; hoc ipso quod voluit heres esse ex posteriori testamento, noluit esse heres ex priori. Sed nec erit etiam heres ex posteriori testamento ex quo heres esse voluit; quia posterius testamentum non valet, et perperam voluit accipere aliquid ex illo testamento ex quo nihil ipsi defertur.

(3) Id est, opinio quam habet, plus valet ad infirmandam ejus repudiationem, quam veritas ad illam confirmandam. Repudiatio enim valere non potest absque vera voluntate Hereditatis repudiandæ; quam voluntatem habere is videri non potest qui in hac opinione est ut credat se esse ejus conditionis ut non possit illam repudiare.

Obiter nota : Et qui e contrario se putat necessarium, voluntarius existere non potest (1). *l.* 16. Ulp. lib. 24. ad Ed.

§ 2. *Quis Repudiare Hereditatem possit.*

LXXV. Is potest Repudiare, qui et Acquirere potest. *l.* 18. Paul. lib. 2. ad Sabin.

Etenim Nolle adire Hereditatem non videtur, qui non potest adire. *l.* 4. Ulp. lib. 3. ad Sabin.

Nam Ejus est nolle (2), qui potest velle. *l.* 3. *de Reg. Jur.* Ulp. lib. 3. ad Sabin.

LXXVI. *Corollarium Primum. Cum Sui heredes Hereditatem quæ ipso Jure ipsis Acquiritur, frustra adeant; frustra etiam illam repudiant.*

Unde Diocletianus et Maximianus. Suus heres exceptione Pacti, qui testamentum injustum (3) asseverans postea nihil se de paterna successione petiturum non ex causa donationis sed transigendi animo in Jure professus est; eum respuere quæsitam nequiret Hereditatem; et transactio nulla dato vel retento seu promisso minime procedat; submoveri (4) non potest. *l.* 3. *Cod. de Repud. vel abstin. hered.*

Corollarium Secundum. Cum filiusfamilias heres institutus sine patris jussu adire non possit, nec pater sine eo : ita Neque filiusfamilias Repudiando sine patre, neque pater sine filio, alteri nocet. Utrique autem possunt repudiare. *l.* 13. § *fin.* Ulp. lib. 7. ad Sabin.

Idem est etiam, si legitima Hereditas filiis obvenit. *l.* 14. Paul. lib. 2. ad Sabin.

Corollarium Tertium. Cum pupillus sine tutoris auctoritate frustra Hereditatem adeat, ita Pupillorum Repudiatio delatæ Hereditatis sine tutore auctore facta nihil eis nocet. *l.* 5. *Cod. de Repud. vel abstin. hered.* Diocl. et Maxim.

§ 3. *Quandonam Hereditas Repudiari potest.*

LXXVII. *Non prius Hereditas Repudiari potest quam adiri possit. Nam* Quum quis si velit habere, habere non potest; id repudiare non potest. *l.* 174. *de Reg. Jur.* Paul. lib. 8. ad Plaut.

LXXVIII. *Corollarium Primum. Hereditas non potest Repudiari prius quam delata sit.*

Hinc 1.° Qui superstitis bona repudiat, post mortem ejus adire Hereditatem, item Bonorum possessionem petere non prohibetur (5). *l.* 94. Hermogenian. lib. 3. Juris epitomar.

Hinc 2.° *Quod dicitur,* Is qui heres institutus est, vel is cui legitima hereditas delata est, Repudiatione Hereditatem amittit : hoc ita verum est, si in ea causa erat Hereditas ut et adiri posset (6). Cæterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit; qualis qualis fuit conditio, etsi in arbitrium collata est. *l.* 13. Ulpian. lib. 7. ad Sabin.

Hinc 3.° Substitutus quoque similiter, si ante repudiat quam heres institutus decernat de Hereditate; nihil valebit repudiatio. *d. l.* 13. § 2.

Et generaliter In plurium heredum gradibus hoc servandum est; ut, si testamentum proferatur, prius a scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos ad quos legitima Hereditas pertinet : etiamsi idem sit ad quem utroque modo pertineat. Nam hoc gradatim consequitur ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam repudiet. Idem Juris est in Bonorum possessione; ut prius scriptus repellat Bonorum possessionem, deinde is qui ab intestato petere potest. *l.* 70. Paul. lib. 57. ad Ed.

Si vero ei ad quem legitima Hereditas potest pertinere, conditio data sit : nihil constituere potest de legitima, antequam dies conditionis transeat (7). *d. l.* 70. § 1.

Postquam autem dies conditionis transivit, utramque eodem momento repudiare potest. Ita accipe quod statim subjicitur : Et ideo dicendum est et in eo casu (8), si respondit neutram (9) Hereditatem ad se velle pertinere; bona defuncti a creditoribus possidenda sunt. *d.* § 1.

Suffragatur Pomponius. Illud dubitari potest an si, quum testamento heres institutus essem ab eo, qui etiamsi intestatus decessisset, legitima Hereditas ejus ad me pertineret; an simul utramque Hereditatem repudiare possim? quoniam (10) antequam ex testamento Hereditatem repudiarim, legitima ad me nondum pertinet. Verum (11) eodem momento intelligor et ex testamento et legitimam repudiare : sicuti si legitimam velim ad me pertinere, quum sciam testamento mihi relictam; videbor ante repudiare testamentum, et ita legitimam acquisisse. *l.* 77. Pomponius lib. 8. ad. Q. Mucium.

Consonat Ulpianus. Ita ille : Heres institutus idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit Hereditatem. Sed si

(1) Nam ad Acquirendam Hereditatem requiritur in voluntario herede deliberata et spontanea voluntas ejus Acquirendæ; quæ non potest in eo esse qui se putat necessitati subjacere et quasi invitus facit.

(2) Ita vulgata lectio. Haloandr. *non velle.* Florent. *non nolle.*

(3) In quo erat præteritus.

(4) Nam hæc professio, nec repudiatio est Hereditatis (cum eam necessarius ab intestato heres repudiare non possit); neo transactio super bonis paternis (quia nullo dato, retento, promissove facta est); nec donatio, ut supponitur : adeoque nullum potest habere effectum.

(5) Perperam enim repudiavit Hereditatem viventis.

(6) Ex regula supra dicta : *Ejus est nolle, qui potest velle.*

(7) Quia dum pendet an ex testamento ipsi deferenda sit, nondum ipsi ex Lege defertur.

(8) Quum conditio extitit.

(9) Nam eodem momento quo repudiat ex testamento, defertur ipsi ex Lege. Unde eodem momento utramque potest repudiare.

(10) Et ratio dubitandi erat, *Quoniam, etc.*

(11) Respondet ad rationem dubitandi.

quasi legitimus repudiavit : si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse : si ignorat, ad neutrum ei Repudiatio nocebit; neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit; neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata (1). *l.* 17. § 1. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

LXXIX. *Corollarium Secundum. Quamvis Hereditas delata sit; si tamen nondum is cui delata est hanc scit sibi esse delatam, nondum eam repudiare potest.*

Nam sicut in agnoscenda, ita et In repudianda Hereditate vel legato certus esse debet de suo jure is qui repudiat. *l.* 23. Pompon. lib. 3. ad Sabin.

Hinc 1.° Si quis dubitet vivat testator, necne, Repudiando nihil agit. *l.* 13. § 1. Ulpian. lib. 7. ad Sabin.

Hinc 2.° Nec is qui non valere testamentum aut falsum esse putat, repudiare potest.

Sed si certum sit falsum non esse, quod falsum dicitur, sicut adeundo acquirit, ita Repudiando amittit Hereditatem. *l.* 17. Ulp. lib. 7. ad Sabin.

LXXX. *Corollarium Tertium. Cum Hereditas repudiari non possit nisi quæ potest adiri; inde est et quod semel adita repudiari non possit (ut supra vid. N. 72.) cum non possit iterum adiri.*

ARTICULUS II.

De effectu Repudiationis.

LXXXI. *Effectus Repudiationis est ut qui Hereditatem repudiavit, eam amplius adire non possit, et ab ea omnino excludatur,*

Sed et a cæteris, quæ tanquam Hereditatis quam repudiavit accessoria habere potuisset, excluditur.

V. G. Idemque est si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte; et ego patris Hereditatem repudiavero. Nam neque (2) filii Hereditatem habere possum. *l.* 10. § 3. *ff. de Vulg. et pupill. substit.* Ulp. lib. 4. ad Sabin.

Ratio est, quia Hereditas impuberis videtur velut appendix Hereditatis paternæ. Hæc autem ratio cessat, quum impubes aut exheredatus est, aut abstinuit se bonis patris. Ideoque hoc casu substitutus, quamvis repudiaverit Hereditatem patris, poterit ex substitutione consequi Hereditatem impuberis : et quidem sine metu Edicti Si quis omissa causa testamenti, *etc.*

Hæc ex Ulpiano discimus. Ita ille : Quæsitum est an licet quis paternæ (3) Hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel capiat (4), an creditoribus paternis cogatur respondere? Ut puta, si impuberi fuerit substitutus. In qua specie Julianus lib. 26. Digestorum scripsit, Incidere eum in Edictum (5), si se immiscuerit impuberis Hereditati : nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem Hereditate (6) quicquam consequi. Sed Marcellus eleganter distinguit, multum interesse utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte : ut si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione, impuberis Hereditatem amplecti (7). *l.* 40. Ulpian. lib. 4. disput.

Cæterum ipse Filius qui se paterna Hereditate abstinuit, si exheredati fratris Hereditati se immiscuerit, et Pro herede gesserit, poterit ex substitutione Hereditatem obtinere (8). *l.* 41. Julian. lib. 26. digest.

(1) Nec enim delata esse potest, priusquam testamentarium repudiasse possit intelligi. Non potest autem intelligi repudiasse testamentatariam, priusquam sciverit sibi esse delatam.

(2) Supponendum est me fuisse substitutum pupillariter filio.

(3) Speciem recte ponit Cujacius in extraneo herede testatoris, qui filio testatoris impuberi exheredato substitutus est. Hereditas autem testatoris, hic appellatur *paterna*; relative ad Hereditatem impuberis cujus testator pater est.

(4) Ita emendat Cujacius. Vulgo male *faciat*.

(5) Cujacius *Observ. XVIII.* 8. censet hic intelligi Edictum *Si quis omissa causa testamenti, etc.* de quo infra Tit. 4.

(6) Id est, (ut Fulgosius et Cujacius interpretantur) ex eodem testamento : nam hæc verba metonymice significationem sæpe commutant. Sensus autem est eum heredem qui oppugnavit judicium parentis pupilli (id est, qui non adeundo Hereditatem ex testamento, illud testamentum evertit) non posse ex eo testamento quod ipse illud destituendo evertit, quidquam consequi; adeoque non posse ad substitutionem pupillarem admitti, quæ est sequela testamenti paterni, nec valere potest quum ex testamento paterno Hereditas adita non est.

Dices : Sed quid hoc ad quæstionem in hac lege propositam? Non enim hic quæritur an heres qui repudiavit testatoris Hereditatem, possit necne ex causa substitutionis pupillaris, Hereditatem consequi : imo supponitur eam consecutus, et quæritur an ideirco respondere cogatur creditoribus Hereditatis patris; quasi in fraudem ipsorum, Hereditatem testatoris repudiasse; et in Sententiam Edicti, *Si quis omissa causa, etc.* incidisse videatur. Respondeo hæc valde ad decisionem quæstionis pertinere. Ex eo enim quod repudiatio Hereditatis testatoris debuisset substitutum excludere ab Hereditate impuberis, quam tamen de facto non contradicentibus legitimis pupilli heredibus possidet; præsumitur tacitum aliquod pactum, inter ipsum et illos impuberis heredes intercessisse, ut repudiaret Hereditatem testatoris et tamen haberet Hereditatem impuberis; quod pactum cum in fraudem tum legatoriorum tum creditorum testatoris fiat, in sententiam Edicti incidisse videtur substitutus, et creditoribus respondere cogitur. Brevitatis causa hæc omnia Jurisconsultus relinquit tacite inferenda.

(7) Hoc enim casu cum per alterius heredis aditionem sustineatur testamentum; potuit ille qui repudiavit Hereditatem testatoris, jure consequi Hereditatem impuberis : nec ulli fraudis præsumptioni locus esse potest, ut videri possit incidisse in Edictum; imo omnino non fraudantur creditores testatoris, cum obligatum sibi habeant eum heredem qui adivit.

(8) Neque hic amplius distinguitur an ex asse an ex parte scriptus fuerit. Nam cum extiterit heres quamvis abstinuerit, existentia *Sui* heredis confirmatum est testamentum et substitutio pupillaris.

LXXXII. *Illud absque dubio est; eum qui ex causa institutionis Hereditatem Repudiavit, posse ex causa substitutionis vulgaris adire.*

Hinc Javolenus in hac specie: Item si tu sextantis ex quo institutus esses heres, Omiseris aditionem; numquid dubitas quin ex substitutione adeundo Titianæ partis habiturus partem esses? Respondit: Non dubito (1) quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit quam partem Hereditatis aut Omittere velim aut vindicare. *l.* 76. § 1. JAVOD. LIB. 4. EPISTOL.

SECTIO II.

De beneficio abstentionis quod Suis heredibus datur.

§ 1. *Quibus detur hoc beneficium, et quandiu.*

LXXXIII. Necessariis (2) heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab Hereditate Proconsul potestatem facit: ut quamvis creditoribus hereditariis Jure Civili teneantur, tamen in eos actio non detur si velint derelinquere Hereditatem.

Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint Hereditati, præstat abstinendi facultatem; puberibus autem, ita si se non immiscuerint. *l.* 57. GAIUS LIB. 23. AD ED. PROVINC.

Et non solum ipsis, sed et ipsorum heredibus datur.

Hinc Si filius, priusquam sciret se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario; permittendum est nepoti abstinere se avi Hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur. *l.* 7. § 1. PAUL. LIB. 1. AD SABIN.

Et est in Semestribus Viviis (3) Soteri et Victorino rescriptum; Non esse necesse pupillis in integrum restitui ex avito contractu; quorum pater constituerat non agnoscere Hereditatem, neque quicquam amoverat vel Pro herede gesserat. *l.* 12. § *et est.* ULP. LIB. 11. AD SABIN.

LXXXIV. Suis *quidem heredibus hoc beneficium abstinendi conceditur.*

Servis autem necessariis heredibus, sive puberes, sive impuberes sint, hoc non permittitur. *sup. d. l.* 57. § 2.

LXXXV. *Quandiu autem hoc beneficium abstinendi datur? Hac in re interesse vidimus inter puberes et impuberes.*

Nam Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas fit; puberibus autem, ita si se non immiscuerint. *l.* 11. POMPON. LIB. 3. AD SABIN.

Sed tamen et puberibus minoribus viginti-quinque annis si temere damnosam Hereditatem parentis appetierint, ex generali Edicto quod est DE MINORIBUS VIGINTI-QUINQUE ANNIS succurrit; quum, etsi extranei damnosam Hereditatem adierint, ex ea parte Edicti in integrum eos restituit. *sup. d. l.* 57. § 1.

Impubes autem citra restitutionem in integrum, non solum postquam se immiscuit, sed postquam ex causa hereditaria condemnatus est, abstinere potest: ut liquebit ex specie sequenti.

Defendente tutore, pupillus condemnatus, ex contractu patris accepit curatorem, inter quem, et creditorem, Acta facta sunt apud Procuratorem Cæsaris infra scripta.

« Priscus Procurator Cæsaris dixit, FACIAT JUDICATA. Novellius curator dixit: ABSTINEO PUPILLUM. » Priscus Procurator Cæsaris dixit, RESPONSUM HABES: SCIS QUID AGERE DEBEAS ». Quæsitum est an secundum hæc acta adolescens a bonis patris abstentus sit? Respondit, Proponi abstentum. *l.* 21. *ff. de Auctor. et consensu tut.* SCÆVOLA LIB. 26. DIGEST.

§ 2. *In quo consistat beneficium abstentionis, et quomodo competat.*

LXXXVI. *Hoc beneficium abstentionis in eo consistit ut, quamvis necessario Suus heres defuncto heres existat, tamen creditoribus hereditariis adversus ipsum denegentur actiones.*

Neque solum adversus ipsum sed et si pupillus antea se immiscuerat, et creditoribus hereditariis fidejussores dederat; postea Si pupillus se Hereditate abstineat; succurrendum est et fidejussoribus ab eo datis, si ex hereditario contractu convenientur. *l.* 89. SCÆVOL. LIB. 13. QUÆST.

LXXXVII. *Hoc beneficium ipso Jure habet qui se abstinet: notandumque,* Ei qui se non miscuit Hereditati paternæ, sive major sit, sive minor, non esse necesse Prætorem adire; sed sufficit se non miscuisse Hereditati. *l.* 12. ULPIAN. LIB. 7. AD SABIN.

LXXXVIII. *Cæterum abstentio in eo a Repudiatione voluntariorum heredum differt, quod abstentio non tollat a Suo herede jus et nomen heredis; sed ei duntaxat exceptionem adversus hereditarios creditores tribuat.*

Unde Jure Pandectarum quamvis Suus heres major annis viginti-quinque declarasset abstinere se paterna Hereditate; tamen postea re integra (id est,

(1) Sensus est: non dubito quin si ex institutione potui adire, habuerim electionem aut adeundi ex institutione aut ex substitutione, modo tamen a repudiatione inciperem. Nam si ab aditione unius partis cœpissem, amplius non possem alteram partem repudiare: ut vid. supra ex l. 35. N. 67.

(2) Ergo suus heres qui sub conditione potestativa institutus est heres, cum hoc casu non sit necessarius heres, non debet hoc abstinendi beneficio gaudere: ut vid. lib. præced. Tit. *de Liber. et posth.* N. 8.

(3) forte legendum *in Semestribus D. Severi.* Imperatores advocabant Senatores qui sibi ad sex menses in consilio essent. Hinc dicta Consilia SEMESTRIA. Talia Consilia Augustum instituisse refert Suetonius (AUGUST. cap. 35.) et frequens mentio in Pandectis *Semestrium D. Marci.*

rebus hereditariis nondum distractis) poterat neglecto hujus exceptionis beneficio ad hanc Hereditatem redire. Justinianus autem constituit ut intra triennium duntaxat posset redire, si Major erat quum abstinuit : quod si Minor fuisset, intra septennium postquam Major effectus est. l. fin. Cod. de Repud. vel abstin. hered.

Pupillum qui se abstinet, jus heredis retinere, ex eo etiam patet quod Si non expedierit pupillo Hereditatem parentis retinere; Prætor bona defuncti vænire permittit, ut quod superaverit pupillo (1) restituatur. *l.* 6. *ff. de Reb. auctor. jud. possid.* PAUL. LIB. 58. AD ED.

Inde est etiam quod ea quæ, priusquam se abstineret, bona fide gessit, rata sint. Hoc docet Julianus : Quoties pupillus patri heres extitit et abstinet se Hereditate, quamvis patris bona sub creditoribus fiant; tamen rata haberi debent quæcumque pupillus bona fide gesserit. Et ideo ei qui fundum tutore auctore a pupillo emerit, succurrendum erit; nec interest pupillus solvendo sit, necne. *l.* 44. JULIAN. LIB. 47. DIGEST.

Similiter Paulus. Si pupillus antequam abstineret aliquid gesserit, servandum est; utique si bona fide gessit. *sup. d. l.* 6. § 1. *de Reb. auct. jud. possid.*

Quid ergo si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona væmierint? Si quæratur an repetitio sit, ex causa id statuendum Julianus ait : ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic qui diligens fuit, noceat. Quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit; æquum esse, aut prius eamdem portionem mihi quæri, aut communicandum quod accepisti : et hoc Julianus ait. Apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. Quid ergo si aliunde pupillus solverit? reddi ei debebit, necne? Et utrum a creditore, an ex Hereditate; Scævola noster ait : Si aliquid sit in bonis, deducendum ex Hereditate solidum; exemplo ejus qui gessit negotia. Sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti. *d. l.* 6. § 2.

LXXXIX. *Ex his quæ circa naturam beneficii abstentionis diximus, emergit quæstio. Cum enim Suus heres qui se abstinet, semper maneat heres; hinc sequitur quod coheredibus ejus, per ejus abstentionem, pars ex qua est heres, non accrescat. Atque inde quæritur an actiones hereditariæ quæ ei qui se abstinet et in eum denegantur, coheredibus ejus et adversus eos accommodari Utiles debeant? Et dicendum est accommodari.*

Enimvero Aristo in Decretis Frontianis (2) ita refert : Quum duæ filiæ patri necessariæ heredes extitissent, altera se paterna abstinuerat Hereditate, altera bona paterna vindicarat, totumque onus suscipere parata erat. Sanctum-Cassium (3) Prætorem causa cognita actiones hereditarias Utiles daturum recte pollicitum ei quæ ad hereditatem patris accederat : denegaturumque ei quæ se abstinuerat. *l. fin.* POMPON. LIB. 1. SCTORUM.

Hoc tamen cum hac limitatione accipiendum est; ut, si coheres nolit in solidum onera hereditaria sustinere, permittatur ei portione sua cedere.

Hoc docet Marcianus. Cum Hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi sive Suo sive extraneo defertur, ut aut totam agnoscat, aut a tota recedat : et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat. Si tamen creditores dicant se contentos esse ejus portione : quia non potest exonerari nisi deferatur conditio; et alterius parte abstinere se creditores debent, ut ejus actiones ei qui conveuitur, dentur. *l.* 55. LIB. 2. REGUL.

Sed Si is qui immiscuit se Hereditati decessisset, deinde alter se abstinet; eadem conditio deferenda est heredi ejus, quæ et ipsi. Quod Marcellus ait. *l.* 56. ULP. LIB. 57. AD ED.

Hæc limitatio obtinet quum coheres adivit aut se immiscuit antequam alter abstineret.

Cæterum Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit; alter posteaquam prior abstinuit, immiscuit se : dicendum est, hunc non posse recusare quominus tota onera hereditaria subeat. Qui enim scit aut scire potuit illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur. *l.* 38. ULP. LIB. 43. AD ED.

XC. *Similis quæstio fieri potest circa voluntarios heredes, quorum quidam adversus aditionem suam in integrum restituti sunt.*

Et Similiter definit Scævola actiones in solidum adversus cæteros accommodari. Ita ille :

Quæ neptis suæ nomine quam ex Seia habebat, Sempronio tot dotis nomine spoponderat; et pro usuris; in exhibitionem, certam summam præstabat; decessit relicta Seia filia et aliis heredibus cum quibus Sempronius judicio egit : condemnatique pro portionibus hereditariis singuli heredes, inter quos et Seia, Sempronio caverunt summam qua quisque condemnatus erat, usuris iisdem quæ ad exhibitionem a testatrice præstabantur. Postea excepta Seia filia cæteri heredes abstinuerunt Hereditate, beneficio Principis; et tota Hereditas ad Seiam pertinere cœpit. Quæro an in Seiam quæ sola heres remansit, et omnia ut sola heres egerat, pro eorum quoque portionibus qui beneficio Principali Hereditate abstinuerint, Utilis actio dari debeat? Respondit, Pro parte eorum qui se abstinuissent, actiones solere decerni in eam quæ adisset, et maluisset integra hereditaria onera subire. *l.* 98. SCÆVOLA LIB. 26 DIGESTOR.

(1) Tanquam heredi.

(2) Seu potius *Frontonianis* : Id est, Aristo cujus sententia refertur in Frontonis libris DECRETORUM.

(3) Haloander legit, *secundum Cassium.*

Similis etiam limitatio affertur; ut scilicet concedi debeat huic coheredi portione sua cedere.

Hoc docet Macer. Si minor annis posteaquam ex parte heres extitit, in integrum restitutus est; Divus Severus constituit ut ejus partis onus coheres suscipere non cogatur, sed Bonorum possessio creditoribus detur. *l.* 61. LIB. 1. DE OFFICIO PRÆSIDIS.

TITULUS III.

TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR, INSPICIANTUR, ET DESCRIBANTUR.

Cum ex Legibus caducariis heres ex parte scriptus adire non posset hereditatem; quam ex quo apertæ essent tabulæ; hinc tractationi de aditione hereditatis merito subjicitur hic Titulus in quo de apertura Tabularum Testamenti agitur.

I. Omnibus quicumque desiderant tabulas Testamenti Inspicere vel etiam Describere; dispiciendi Describendique potestatem facturum se Prætor pollicetur. Quod vel suo vel alieno nomine desideranti tribuere enm manifestum est. *l.* 1. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC. (1).

Ratio autem hujus Edicti manifesta est: neque enim sine judice transigi neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis quæ ex Testamento proficiscerentur, aliter potest; quam inspectis cognitisque verbis Testamenti. *d. l.* 1. § 1.

Et iterum. De his controversiis quæ ex Testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque verbis Testamenti. *l.* 6. *ff. de Transact.* GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

Adde quod Tabularum Testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis; sed universorum, quibus quid illic ascriptum est; quin potius publicum est instrumentum. *l.* 2. ULPIAN. LIB. 50. AD ED.

Circa hoc Edictum hæc quæri possunt: 1.° *De quo Testamento hoc Edictum loquatur;* 2.° *Quando ex hoc Edicto agi possit;* 3.° *Adversus quem;* 4.° *Quomodo ex hoc Edicto Aperiantur tabulæ et Inspiciendæ dentur;* 5.° *Quæ Testamenti partes non Aperiantur.*

Videndum postea quæ aliæ actiones ea de re competant.

§ 1. *De quo Testamento hoc Edictum loquatur.*

II. *Testamentum in hoc Edicto accipitur pro quacumque scriptura quæ ultimam voluntatem continet, justa aut injusta.*

Testamentum autem proprie illud dicitur, quod jure perfectum est: sed abusive Testamenta ea quoque appellamus, quæ falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta: itemque imperfecta, solemus Testamenta dicere. *d. l.* 2. § 1.

Ad causam autem Testamenti pertinere videtur id quodcumque quasi ad Testamentum factum sit; in quacumque materia fuerit scriptum quod contineat supremam voluntatem.

Et tam principales, quam secundæ tabulæ Edicto continentur. *d. l.* 2. § 2.

Enimvero Sicut codicilli pars intelliguntur Testamenti, ita secundæ tabulæ principalium tabularum partem obtinere videntur. *l.* 11. GAIUS LIB. 11. AD LEG. JUL. ET PAP.

Consonat quod rescribunt Gratianus Valentinianus et Theodosius. Codicillos seu scripturam quolibet tenore formatam, ea oportebit observatione in publicum proferri qua Testamenta panduntur. *l. fin. Cod. h. tit.*

Sed et Si plura sint Testamenta quæ quis exhiberi desideret, universorum ei facultas facienda est. *sup. d. l.* 2. § 3.

§ 2. *Quando ex hoc Edicto agi possit.*

III. *Tunc demum ex hoc Edicto ad Aperiendas tabulas agi potest, quum certum est Testatorem decessisse.*

Hinc Si dubitetur utrum vivat, an decesserit is cujus quis quod ad causam Testamenti pertinet, Inspici Describique postulat; dicendum est Prætorem causa cognita statuere id debere, ut, si liquerit eum vivere, non permittat Inspici tabulas; et (2) ut ipsam scripturam quis Inspiciat, et sigilla et quid aliud ex tabulis velit spectare. *d. l.* 2. § 4.

IV. Utrum autem in continenti potestatem Inspiciendi vel Describendi jubet; an desideranti tempus dabit ad exhibitionem? Et magis est ut dari debeat, secundum locorum angustias seu prolixitates. *d. l.* 2. § 7.

(1) Hanc legem quam sub Titulo *de Transactionibus* collocavit Tribonianus, ad hujus Edicti materiam pertinere recte observat Cujacius; cum sit ex eodem loco desumpta, unde desumptus est textus superior. Quare huc illam reportavi.

(2) Hic aliquid in textu deesse videtur. Supple: *contra*, Si de morte constet, permittat *ut ipsam, etc.*

De hac re etiam ita Paulus : Testamentum Lex (1) statim post mortem testatoris Aperiri voluit. Et ideo quamvis sit Rescriptis variatum, tamen a præsentibus intra triduum vel quinque dies (2) Aperiendæ sunt tabulæ; ab absentibus quoque intra eos dies quum supervenerint. Nec enim oportet Testamento (3), heredibus aut legataris, aut libertatibus, quam necessario vectigali, moram fieri. PAUL. SENT. *lib.* 4. *tit.* 6. § *fin.*

§ 3. *Adversus quem ex hoc Edicto agatur.*

V. *Ex hoc Edicto agitur adversus eum demum qui tabulas se habere confitetur.*

Hinc Si quis non negans apud se tabulas esse, non patiatur Inspici et Describi; omnimodo ad hoc compelletur. Si tamen neget penes se tabulas esse; dicendum est ad Interdictum remitti quod est DE TABULIS EXHIBENDIS. *sup. d. l.* 2. § *fin.*

§ 4. *Quomodo Aperiatur Testamentum.*

VI. *Testamenta auctoritate Magistratus competentis Aperiuntur.*

Hinc Alexander. Ut Testamentum quod dicis factum proferatur et publice recitetur, competens judex jubebit. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

Prolatum autem Testamentum debet offerri Magistratui: ut liquet ex *l.* 3. *Cod.* de Edict. D. Hadr. toll.

VII. *Ritum autem quo Testamentum Aperitur postquam prolatum et Magistratui oblatum est, ita describit Paulus :* Tabulæ Testamenti Aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeantur qui signaverint Testamentum; ut ita agnitis signis, rupto lino Aperiatur, et recitetur, atque ita Describendi exempli fiat potestas, ac deinde signo publico (4) obsignatum in archium (5) redigatur; ut, si quando exemplum ejus intercciderit, sit unde peti possit. PAUL. SENTENT. *lib.* 4. *tit.* 6. § 1.

Ubi autem et quibus horis id fieri debeat, ita docet : Testamenta in municipiis (6), colonis (7), oppidis, præfectura (8), vico, castello, conciliabulo (9), facta; in foro (10) vel basilica, præsentibus testibus vel honestis viris, inter horam secundam (11) et decimam diei recitari debent: exemploque sublato, ab iisdem rursus Magistratibus obsignari quorum præsentia constat Aperta. *d. tit.* § 2.

VIII. *Ex his liquet quod*, Cum ab initio Aperiendæ sint tabulæ; Prætoris id officium est ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere (*l.* 4. ULP. LIB. 50. AD ED.): Vel negare se signasse: publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere. *l.* 5. PAUL. LIB. 8. AD PLAUT.

Et nota quod Si quis neget sigillum suum agnoscere, non ideo quidem minus Aperiuntur tabulæ; sed alias suspectæ fiunt. *l.* 1. § *fin.* GAIUS LIB. 17. AD EDICT. PROVINC.

Sed si quis ex signatoribus aberit; mitti debent tabulæ Testamenti ubi ipse sit, uti agnoscat. Nam revocari eum agnoscendi causa onerosum est: quippe SÆPE CUM MAGNA CAPTIONE A REBUS NOSTRIS REVOCAMUR; et sit iniquum, damnosum cuique officium esse suum. Nec ad rem pertinet, unus absit an omnes.

Et, si forte omnibus absentibus, causa aliqua Aperire tabulas urgeat: debet Proconsul curare ut intervenientibus optimæ opinionis viris Aperiantur; et post Descriptum et recognitum factum, ab iisdem quibus intervenientibus Apertæ sunt, obsignentur; tunc deinde eo mittantur ubi ipsi signatores sint, ad Inspicienda sigilla sua. *l.* 7. GAIUS LIB. 7. AD ED. PROVINC.

Consonat quod rescribunt Valerianus et Gallienus. Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur affirmans; potes illuc perferre ut secundum leges moresque locorum insinuentur: ita scilicet ut testibus non præsentibus adire prius vel pro tribunali, vel per libellum Rectorem provinciæ procures; ac permittente eo, honestos viros adesse facias quibus præsentibus Aperiantur; et ab his rursum obsignentur. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

(1) LEX VICESIMA scilicet; id est, Lex Julia quæ ab heredibus extraneis vicesimam hereditatum Ærario inferri præcepit.

(2) Hos non a morte testatoris, sed ab eo tempore quo justa testatori facta sunt (id est, a decimo post mortem die computandos) recte censet Heineccius.

(3) Ita restituit Cujacius : vulgo male legitur *Testamentum.* Sensus est : non oportet diutius differendo aperturam Testamenti, remorari heredes quominus pro parte ex qua scripti sunt, adeant; remorari legatarios quominus sibi relicta percipiant; remorari libertates quominus competant; remorari fiscum quominus vicesimam hereditatis quam tanquam vectigal necessarium Lex Julia ei assignavit percipiat.

(4) Jam olim civitates sua habuere signa. *Publici signi* mentio apud Ciceronem *Verr. II.* n. 63. et Orat. *pro Flacco.* n. 16.

(5) *Archives, trésor public.*

(6) Hæc proprie sunt oppida in civitatem Romanam recepta. Vid. Sigon. *de Antiq. Jure Ital.* lib. 2. cap. 6. et seq.

(7) Hæ ex ipsa urbe capiebant originem, deductis eo Civibus Romanis.

(8) *Præfecturarum* fere simile jus et conditio ac Provinciarum quæ quotannis Roma præfectos accipiebant. Festus in voce, PRÆFECTURÆ : Sigon. sup. de lib. 2. cap. 12 et seq.

(9) Erant loca quæ jus habebant non tantum nundinarum, sed et in quibus Jus dicebatur. Sigon. d. lib. cap. 15.

(10) Et vici (saltem quidam) habuere forum : l. 6. Cod. Theod. *de Patrocin. vicor.*

(11) Tunc enim incipiebat forum fervere (*Depuis sept heures du matin jusqu'à quatre heures après midi.*

Certe : Sed Si major pars signatorum fuerit inveuta; poterit ipsis interveoieutibus resignari Testamentum et recitari. *l.* 6. Ulp. lib. 50. ad Ed.

IX. *Testamento ita Aperto; debet dari copia ejus Inspiciendi his quorum interest; et quidem etiam legendi et Describendi.*

Nam Iuspectio tabularum etiam lectionem earum indicat. *l.* 2. Ulp. lib. 50. ad Ed.

§ 5. *Quæ partes Testamenti non sint Aperiendæ.*

X. Pupillares tabulas, etiamsi non fuerit snperscriptum ne Aperirentur, attamen si seorsum eas signatas testator reliquerit, Prætor eas Aperiri oisi causa cognita non patietur (1). *l.* 8. Ulp. lib. 50. ad Ed.

Uno tamen casu Aperiendæ sunt. Scilicet Si mulier ventris nomine in possessione sit; Aperiendæ auot secundæ tabulæ, ut sciatur cui demandata sit coratio (2). *l.* 9. Paul. lib. 45. ad Ed.

Alias testamenti partes commemorant Diocletianus et Maximianus, quæ Aperiendæ non sunt. Ita illi : Ejus quod ad causam novissimi patris vestri judicii pertinet de calumnia tibi juranti, præter partem quam Aperiri defunctos vetuit, vel ad ignominiam alicujus pertinere dicitur; Inspiciendi ac Describendi (præter diem et Consulem) Rector provinciæ facultatem fieri jubebit. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

Diem autem et Consulem tabularum non patitur Prætor Describi vel Inspici, idcirco ne quid falsi fiat. Namque etiam inspectio materiam falso (3) fabricando iostruere potest. *sup. d. l.* 2. § 6.

§ 6. *Quæ aliæ actiones hac de re competant.*

XI. *Hac de re competit etiam Interdictum* De tabulis exhibendis : *ut jam supra obiter vidimus.*

Item Ipsi tamen heredi Vindicatio tabularum sicut cæterarum hereditariarum rerum competit, et ob id Ad exhibendum quoque agere potest. *l.* 3. Gaius lib. 17. ad Ed. provinc.

(1) Ne detur occasio substitutis insidiandi vitæ pupilli : ut dicitur in Instit. Tit. *de Vulg. substit.*

(2) Etsi enim non jure ventri curatorem Testamento pater det, tamen datum confirmare solet Prætor : unde scire necesse est quis datus sit.

(3) Puta fabricandi falsi posterioris Testamenti, quo prius videretur rumpi.

APPENDIX

AD TITULUM PRÆCEDENTEM.

De Edicto divi Hadriani tollendo.

I. Solennem *aperturam Testamenti sequitur missio in possessionem rerum quas defunctus possedit; quæ scripto heredi conceditur ex beneficio Edicti Divi Hadriani : ut liquet ex l.* 26. *Cod. Theod.* Quorum appell. non recip.

Ante hanc solennem aperturam non conceditur. Hinc Io eo Testamento heres scriptus quod nec ut oportuit oblatum oec publice recitatum est, in possessionem mitti frustra desiderat. Paul. sentent. *lib.* 3. *tit.* 7. § 17.

Statim autem ea solenni apertura peracta (inquit Paulus) Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse Testamentum; salva eorum disceptatione, scriptus heres jure in possessionem mitti desiderat. *d. tit.* § 14.

Hinc Alexander : Quamvis quis se filium defuncti præteritum esse alleget, aut falsum vel inofficiosum Testamentum seu alio vitio subjectum, vel servus defunctus esse dicatur; tamen scriptus heres in possessionem mitti solet. *l.* 2. *Cod. de Edict. D. Hadr. toll.*

II. *Uter autem in hac missione potior est?* Cum inter institutum et substitutum controversia moveatur : eum qui primo loco institutus est, induci in possessionem oportet. *l.* 1. *Cod. d. tit.* Severus et Antonin.

III. *Hoc beneficium missionis concluditur intra eas duntaxat res quas testator quum moritur possidebat. Nam* In possessionem earum rerum quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus (priusquam jure ordinario (1) experiatur) improbe mitti desiderat. Paul. sentent. *lib.* 3. *tit.* 6. § *fin.*

Ab ea missione quæ ex Edicto D. Hadriani conceditur, nulla recipitur appellatio : ut liquet ex l. fin. ff. de Appell. recip. *et l.* 6. *Cod.* Quorum appell. non recip.

(1) Id est, prius quam *Petitione Hereditatis* egerit et vicerit.

Intra annum autem ab apertura Testamenti hoc beneficium competit; sed ultra nequaquam. Quia enim Scriptus heres ut statim in possessionem mittatur jure desiderat; hoc post annum impetrare non poterit. PAUL. SENTENT. *d. tit.* 6. § 16.

IV. *Ita Jure Pandectarum. Hodie non jam ex Edicto Hadriani, sed ex Constitutione Justiniani, hæc missio in res quas testator possedit, conceditur heredi scripto, a Magistratu competenti; cui heres ostenderit Testamentum in quo scriptus est, legitimo testium numero vallatum, nec cancellatum nec abolitum.*

Nec jam intra annum, sed perpetuo potest hoc petere scriptus heres. l. ult. Cod. de Edict. D. Hadr. toll.

TITULUS IV.

SI QUIS, OMISSA CAUSA TESTAMENTI, AB INTESTATO VEL ALIO MODO POSSIDEAT HEREDITATEM.

MERITO *etiam hic Titulus tractationi de adeunda vel repudianda hereditate subjicitur. Edictum enim quod in hoc Titulo traditur, ad hanc materiam pertinere palam est.*

I. *Hoc Edicto* Prætor voluntates defunctorum tuetur; et eorum calliditati occurrit, qui Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Hereditatem partemve ejus Possident: ad hoc ut eos circumveniant quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non Ab Intestato Possideretur Hereditas; et in eos actionem pollicetur. *l.* 1. ULP. LIB. 50. AD ED.

Circa hoc Edictum videbimus in prima Sectione quando huic locus sit: In secunda quæ actiones ex hoc Edicto, quibus et adversus quos competant.

SECTIO I.

Quando huic Edicto locus sit.

Ut huic Edicto locus sit, duo concurrere debent; 1.° Ut quis prætermittat Causam Testamenti; 2.° Ut in fraudem eorum quæ ab ipso relicta sunt, id faciat.

§ 1. *Quando quis prætermittat Causam Testamenti.*

II. Prætermittere est Causam Testamenti, si quis repudiaverit Hereditatem. *d. l.* 1. § 6.

Nec refert an ex primis, an ex secundis tabulis. Hinc Mater secundis tabulis impuberi filio substituta in eum Edicto facit; si Omisso Testamento, legitimam Hereditatem filii Possideat. Idem Juris erit; et si filio heres (1) data sit, et substituta. *l.* 27. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Quinimo Hoc Edictum etiam ad CONTRA TABULAS Bonorum possessionem pertinere magis dicendum est: scilicet ut qui accipiendo CONTRA TABULAS Bonorum possessionem, liberis parentibusque legata præstaret; si Omiserit eam Bonorum possessionem, et ab Intestato Possideat Hereditatem; cogatur ea præstare, quæ præstaret si CONTRA TABULAS Bonorum possessionem (2) accepit. *l.* 6. § 9. ULP. LIB. 50. AD ED.

Repudiare illum videri, qui potestativam conditionem sub qua scriptus est, non implet. Igitur Qui sub conditione institutus heres potuit parere conditioni, nec paruit (cum conditio talis sit ut in arbitrio sit heredis instituti), deinde ab intestato possideat Hereditatem; debebit Edicto teneri, quia ejusmodi conditio pro pura debet haberi. *l.* 1. § 8. ULP. LIB. 50. AD ED.

III. Et parvi refert utrum quis per semetipsum an per alium acquirere potuit Hereditatem. Nam quomodocumque potuit, si non acquisiit Hereditatem; in ea causa est ut incidat in Edictum Prætoris. *d. l.* 1. § 1.

Hinc si fingamus servum ejus qui testatori ab intestato heres esset, heredem institutum; Prætermittere Causam Testamenti videtur, qui, quum posset jubere, noluit id facere (3). *d. l.* 1. § 2.

Quid ergo si servus ejus, quum juberetur adire Hereditatem, dicto audiens non fuit? Sed compellendus est servus hoc facere; ideoque dominus Ab Intestato veniens incidet in Edictum. *d. l.* 1. § 3.

Hinc quoque Si filius meus a matre sua heres

(1) Id est, coheres data sit. Sensus hujus legis est, matrem quæ filio ex asse a patre instituto substituta, omittit causam pupillaris substitutionis, ut legitimam ex SCto Tertulliano filii hereditatem habeat, perinde incidere in Edictum, ac si coheres filio data esset et ei substituta; et eadem de causa, tam testatoris quam filii hereditatem omisisset.

(2) Pone speciem in filio emancipato prærerito, qui deserto ab herede scripto testamento mavult accipere possessionem *Unde liberi* quam *Contra tabulas*; ne legata exceptis personis præstet.

(3) Ut tempore *Cretionis* elapso, ipse ab intestato heres esse posset.

scriptus fuerit; et ego, Testamenti Causa Omissa, Bonorum possessionem ejusdem filii nomine petiero; actio LEGATORUM in me dari debebit (1): non secus ac si ipse heres scriptus, Omissa Causa Testamenti, Bonorum possessionem Ab Intestato accepissem. *l.* 21. JULIAN. LIB. 27. DIGEST.

Obiter nota secus esse si filius meus institutus fuisset sub ea conditione SI EMANCIPARETUR.

Hinc In sententiam Edicti propter legatorum causam pater incidisse non videbatur, qui filium suum substitutum impuberi testamento fratris non emancipavit (2); sed Ab Intestato per eum (3) bona Possidere cœpit. *l.* 27. § 1. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Et alibi. Filiusfamilias (4) ut proximus cognatus patre consentiente possessionem agnovit. Quamvis per conditionem testamento datam (quod in patris potestate manserit) ab hereditate sit exclusus, tamen utiliter possessionem agnovisse videbitur: nec in Edicti sententiam incidet; quoniam possessionem Secundum (5) tabulas non agnovit; cum inde rem habere non poterit, nec in filii potestate conditio fuerit, nec facile pater emancipare filium cogi poterit. *l.* 7. *ff. Unde liberi.* Alias *l.* 8. *ff. Si Tabul. testam. null. extab.* PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

IV. *De suo herede dubitari potest, an possit videri Omittere Causam Testamenti.* Nam Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento: nec quod se abstinere possunt quicquam facit. Quod si postea [se] miscuerunt, ex testamento videntur heredes; nisi si abstinuerint quidem se ex testamento, verum Ab Intestato (6) petierint Bonorum possessionem: hic enim incident in Edictum. *l.* 1. § 7. ULP. LIB. 50. AD ED.

§ 2. *Quando quis in fraudem eorum quæ ab ipso relicta sunt, Omittere videatur.*

V. *Hæc fraus non potest videri cadere in eum qui ignorabat sibi hereditatem esse delatam.*

Speciem pone V. G. in servo qui in alieno testamento scriptus est heres. Sin autem nec certioratus est dominus a servo, et (7) postea ipse (8) Ab Intestato Possedit Hereditatem; non debet incidere in Edictum, nisi si fingit ignorantiam. *l.* 1. § 4. ULP. LIB. 50. AD ED.

Et generaliter rescribit Philippus. Eum qui quum Testamento posset obtinere Hereditatem, Ab Intestato jus successionis voluit amplecti; libertatibus eodem testamento datis obesse non posse, jam pridem placuit. Quod si quum jam neque adiri ex Testamento Hereditas, neque bonorum possessio peti possit, judicium defuncti non usurpabitur, sed ad irritum Juris ratione revocatum est; petitio relictorum nullo jure procedit. Si vero jure facto testamento, cessante herede scripto, alter Ab Intestato adiit Hereditatem; neque libertates, neque legata ex testamento posse præstari manifestum est. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

VI. *Sed etsi quis sciverit ex causa Testamenti sibi acquiri potuisse Hereditatem, ita demum consilio fraudandorum legatorum eum Omittere intelligitur, si nullam aliam causam habuerit cur eam Omitteret.*

V. G. Excusatus videtur patronus qui institutionem prætermisit, cum aliter (9) esset a liberto scriptus heres quam eum institui oportet. Nam et si servus ejus ex asse institutus fuerit, et per quemcumque casum (10) non potuerit jussu domini adire hereditatem; impune prætermittet ex Testamento Hereditatem. *l.* 5. MARCELL. LIB. 12. DIGEST.

VII. *Quin, etsi quis hoc consilio Causam Testamenti Omiserit ut a legatorum præstatione liberaretur, dolo fecisse non videbitur, si hoc fecit ut fraudem sibi in Falcidia a testatore factam depelleret. Neque enim dolus malus est, imo fraus concessa, repellere fraudem. Hinc in specie in qua Mævius hereditatem Seii a quo institutus erat, restituere post mortem suam Titio fratri suo rogatus fuerat (infra ad tit. de Legatis N. 99.) Papinianus scribit :* Plane si ea lege Mævius Titium heredem instituat, NE fideicommissum ex testamento Seii

(1) Jure Codicis hæc lex non est in usu; cum has hereditates filius non acquirat patri.

(2) Scilicet cum filius ejus substitutus esset sub hac conditione *si emanciparetur.* Merito autem pater qui eum non emancipando facit ut conditio deficiat, in Edictum non incidit: nam non potest dici omisisse causam Testamenti; ai quidem per filium hereditatem non acquisivisset, sed ipse filius emancipatus eam sibi quæsitisset.

(3) Species legis hæc est: Testator fratris filium heredem instituit sub hac conditione, *si a patre suo intra certum diem emanciparetur.* Cum non fuisset emancipatus, defecta conditione delatam sibi ab intestato Bonorum possessionem UNDE LEGITIMI frater testatoris repudiavit, sed et ex sequenti ordine UNDE COGNATI repudiavit: ex successorio autem Edicto filius ejus delatam sibi possessionem UNDE COGNATI patre jubente agnovit; et *per eum* pater possidere cœpit.

(4) Hæc species potest esse eadem, ac præcedens: cum sit ex eodem Papiniani libro desumpta.

(5) Potuisset quidem fratris filius heres sub conditione institutus pendente conditione Bonorum possessionem *Secundum tabulas* agnoscere: ut videb. Tit. *de Bon. possess. secund. tab.* infra lib. 37. Verum cum hæc possessio fuisset sine re, sine effectu, defecta conditione quæ in ipsius potestate non erat; non potest proprie dici causam Testamenti omisisse.

(6) Suus heres qui se obstinet, etsi Jure Civili sit ex testamento heres, tamen Jure Prætorio non habetur pro herede testamentario; adeoque potest petere *Bonorum possessionem* ab intestato, quasi nullus sit ex Testamento heres. Sed si hoc faciat in fraudem legatorum, incidit in Edictum.

(7) Elapso tempore intra quod servus poterat adire; puta sic institutus *si intra certum diem adierit.*

(8) Dominus.

(9) Puta non ex debita parte.

(10) Ut si, per fugam servi, tempus cretionis elapsum est.

retineat; Falcidiam compensationi sufficere (1), sed iniquitatem occurrere (2). Prudentius autem fecerit, si ex testamento fratris hereditatem repudiaverit, et intestati possessionem acceperit. Nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem (3) excluserit. *l.* 77. § 31. ¶ *planc. ff. de Legatis* 2.° PAPIN. LIB. 8. RESPONS.

Maxime autem non videtur dolo facere, qui causam testamenti omittit quum testator ei permisit.

Hinc Non simpliciter Prætor pollicitus est se daturum actionem, sed CAUSA COGNITA. Nam sive invenerit testatorem hujus rei auctorem esse, ipsumque permisisse Ab intestato succedere, aut si qua alia justa causa Omittendi intervenerit; utique non dabit actionem in eum LEGATORUM. *l.* 6. § 3. ULP. LIB. 50. AD ED.

Ex eo autem solo testator non intelligitur id ei permisisse quod, postquam eum testamento scripsit heredem, ab eo codicillis ab intestato valituris fideicommissa reliquit.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille: Quia autem is qui Ab Intestato Possidet Hereditatem, conveniri potest si Omittit Causam Testamenti; quæsitum est, si quasi ex voluntate testatoris videatur Omisisse, an cogatur præstare? Ut puta, fratrem suum scripsit heredem, et codicillos fecit ab intestatu; petitque a fratre, ut si legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommissa præstaret quibusdam. Si igitur Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Possideat Hereditatem, videndum est an legatariis cogatur respondere? Et Julianus libro 31 Digestorum scribit, Cogendum primum legata præstare: mox dimissis legatis si quid superfuerit ex dodrante, tunc fideicommissa cogi præstare; cæterum si legata assumant dodrantem, tunc nihil fideicommissariis præstandum: habere enim integrum quadrantem legitimum heredem oportet. Ordo igitur a Juliano adhibetur, ut prius legata præstentur; deinde ex superfluo fideicommissa, dummodo quadrans non tangatur. Ego puto Juliani sententiam ita accipiendam; ut, si Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Possideat Hereditatem, cogatur omnimodo legata præstare: nec enim utique Omittere ei Hereditatem permisit, qui fideicommissa ab eo reliquit ab intestato. *l.* 6. ULP. LIB. 50. AD ED.

Plane si nominatim id ei permisit; dicemus non eum incidere in Edictum, quia usus est facultate ea quam ei testator concessit. *d. l.* 6. § 1.

Et certe NULLUS videtur dolo facere, qui suo jure (4) utitur. *l.* 55. *de Reg. Jur.* GAIUS LIB. 2. DE TESTAM. AD EDICTUM URBICUM.

Quod si non ei concessit specialiter testator Omittere, is ordo erit sequendus quem Julianus ostendit. *sup. d. l.* 6. *d.* § 1.

VIII. *Non videtur etiam testator concessisse heredi ut omitteret suam institutionem, ex eo quod ipsi servum aut filium ipsius substituit.*

V. G. Cui servus ipsius substitutus est, servum suum adire jussit. Si idcirco fecit ne legata præstaret (5); utraque præstabit, et qua heres est, et qua Omissa Causa Testamenti Possidet ex substitutione Hereditatem; salva Falcidia ei servata. *l.* 25. CELSUS LIB. 16. DIGEST.

Similiter Julianus scribit, Patrem qui filiam sibi substitutam jussit adire Hereditatem, legata quæ ab ipso data sunt ex sententia (6) Edicti præstaturum: quoniam filia patri substituitur in casu, non ut arbitrium eligendi relinquatur. *l.* 26. PAPIN. LIB. 16. QUÆST.

(Obiter nota: Sed si varia legata supra dodrantem data sint, eorum prius rationem habendam quæ a filia (7) relicta sunt. *d. l.* 26. ¶ *sed. si.)*

Pergit Julianus, et rationem decisionis subjungit NON ENIM caret dolo pater, qui, honore proprio omisso propter compendium, alienam institutionem maluit. *d. l.* 26. ¶ *non enim.*

At contra vice versa. Nam Denique si filiæ pater substitutus adit Hereditatem, nihil eum dolo facere Julianus existimat: quia nemo filiæ patrem

(1) Quamvis testator non possit expresse prohibere ne heres Falcidiam retineat, potest tamen indirecte; scilicet quum prohibet ne heres in ratione Falcidiæ reputet hoc quod ipsi a defuncto debetur, ut in hac specie. Hoc etenim casu heres non deducet ex toto ære hoc quod ipsi debetur, sed hoc compensabit cum Quarta quæ ipsi ex Lege Falcidia competit. Ita autem fit indirecte fraus Falcidiæ: nam si plus non sit in Falcidiis quam in debito, nihil ex Falcidia feret; cum non plus hoc casu ex hereditate retineat quam quod ipsi ab ea hereditate debetur.

(2) Quæ *Iniquitas* in eo consistit, quod indirecte Falcidia ipsi debita privetur.

(3) Id est, cum hoc fecerit ad depellendam fraudem sibi in Falcidia factam.

(4) Id est, jure quod testator ipsi concessit. Hanc legem huc pertinere liquet ex inscriptione; quanquam et ad alia aptari potest.

(5) Celsus auctor hujus legis, et Julianus auctor sequentis scribebant ante Rescriptum Divi Severi; adeoque horum temporibus non transibat onus legatorum in substitutum. Similem igitur legatariis fraudem faciebat qui omissa institutionis causa ex substitutione adibat, ac qui omissa Testamenti causa ab intestato adibat.

(6) Non quidem ex verbis Edicti; loquitur enim Edictum de eo qui omissa causa Testamenti *ab Intestato* possidet; at ex hujus sententia: nam in hac specie eadem fraus fit legatariis, adeoque eadem ratio et sententia Edicti occurrit.

(7) Temporibus enim Juliani cujus sententiam hic Papinianus refert, hereditas ad substitutum nondum transibat cum onere legatorum ab instituto relictorum; quod demum postea a Severo constitutum est. Sola legata a substituto relicta ipso Jure debebantur: merito igitur præferri debent legatis ab instituto relictis; quæ nonnisi ex Prætoria æquitate, et ex mente Edicti SI QUIS OMISSA CAUSA debentur. Aliter autem statuendum post Constitutionem Severi: L. 22. § 2. ff. *Ad Leg. Falcid.* Has leges ita recte conciliat Cujacius.

contra votum (1) parentium substituere videtur, sed ut arbitrium eligendi relinquat. *d. l.* 26. § 1.

Quod Si proponatur idem et institutus et substitutus, et prætermiserit institutionem; an incidat in Edictum, quæritur? Et non puto incidere: quasi testator hanc ei dederit facultatem qui eum substituit (2). *l.* 1. § 5. Ulp. lib. 50. ad Ed.

IX. Si quis Omissa Causa Testamenti omnino eam Hereditatem non Possideat; excluduntur legatarii. Nam liberum cuique esse debet etiam lucrosam Hereditatem Omittere licet eo modo legata libertatesque intercidunt. *l.* 17. Gaius lib. 17. ad Ed. provinc.

Tunc enim maxime dolum abesse præsumit Prætor in eo qui Omisit. Quod tamen cum aliqua limitatione accipiendum : Nam Item si invenerit bona ad alium pertinere, non dabit actionem; si modo [a] nulla suspicio collusionis religionem Prætoris instruxerit. *l.* 6. § 4. Ulp. lib. 50. ad Edict.

Consonat quod Si patronus ex debita sibi portione heres scriptus, dato sibi coherede ex alia parte, Omiserit institutionem quia debita pars ejus erat exhausta; Omiserit et coheres; deinde Possideat patronus Ab Intestato legitimam Hereditatem totam : dandam in eum (3) Legatorum actionem Celsus libro 16 Digestorum ait, quæ in Titium (4) competeret; sufficereque patrono quod integram debitam sibi portionem habeat. Hæc autem ita sunt, si coheres collusit cum patrono : aliter enim non esse patronum cogendum legata præstare. Neque enim interdictum est ut quis Omittat Hereditatem, si sine fraude id fiat. *d. l.* 6. § 8.

SECTIO II.

De actionibus quæ ex hoc Edicto competunt.

Videndum 1.° *Quibus dentur ;* 2.° *Adversus quos ;* 3.° *Quales dentur et quatenus.*

Quæremus 4.° *quis ordo servetur, quum alii ex hoc Edicto legata ex causa testamenti petunt, alii, fideicommissa ab intestato relicta.*

ARTICULUS I.

Quibus ex hoc Edicto actiones dentur.

X. *Non solum legatariis dantur, sed et fideicommissariis tam hereditatis quam singularium rerum ; necnon his quibus libertas relicta est.*

Enimvero Institutus heres et rogatus restituere hereditatem, si Omissa Causa Testamenti legitimam Hereditatem possideat; non dubie ut legata cæteraque fideicommissa, ita hereditatem quoque restituere compellendus est; libertates quoque tam directas quam fideicommissarias. Sed si alienos servos rogatus sit manumittere, utique redimere eos debebit. Eam autem decessionem (5) patietur is cui restituta fuerit hereditas, quam is qui ei restituerit passurus fuit. *l.* 28. § 1. Marcianus. lib. 4. fideicomm.

XI. *Et quidem etiam illi legatario restituetur, cui liberum fuit ut ipse totam hereditatem haberet : ut in hac specie.*

Si quis hoc modo testamentum scripserit, Titius heres esto; si Titius heres non erit, Mævius heres esto : quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, Mævio Si mihi heres non erit, centum dato : deinde Titius Omisso Testamento legitimam Hereditatem Possideat : an Mævio cujus in potestate fuit ut ex substitutione adeundo totam hereditatem haberet, Legatorum actio dari debeat, quæritor? Et placet dari; quia nihil prohibet Mævium justam causam habuisse propter quam nollet negotiis hereditariis implicari. *l.* 22. § 2. Julian. lib. 31. digest.

XII. *Quod si legatarius qui etiam scriptus est heres, ipse adversus hoc Edictum peccavit, causamque Testamenti Omisit ut Ab Intestato Possideret ; actiones ei non redduntur.*

V. G. in hac specie. Quidam Titium et Mævium instituit heredes, et centum Titio legavit : uterque Omisso Testamento legitimam adiit Hereditatem. Non probo Legatorum actionem Titius postulabit. Idem, si utrique legasset. *l.* 7. Marcell. lib. 12. digest.

Item Quum substitutis ab institutis legata fuissent relicta, et tam instituti quam substituti Omissa Causa Testamenti Possideant Ab Intestato Hereditatem : Divus Pius rescripsit, Neque improbe

(1) In præcedenti specie, quum filia substituta est patri, non videtur eo consilio facta substitutio ut pater eligere possit an ex institutione, an ex persona filiæ suæ ex substitutione adiret. Hujus enim substitutionis alia probabilis ratio videtur, scilicet quod testator cogitaverit patrem vivo ipso posse præmori, et filiam ipsi esse superstitem. At in specie hujus legis in qua vice versa filiæ pater substituitur; non credibile est testatorem cogitasse patrem fore filiæ superstitem : hoc enim nimis ominosum et voto parentum contrarium est.

(2) Non enim alio consilio videri potest illum sibimetipsi substituisse.

[a] *Florent.* si vero.

(3) Patronum scilicet : non quod ipse omiserit (nam ipse in fraudem non fecit, cum omiserit ut partem sibi debitam quæ erat exhausta servaret); sed ideo datur actio quia coheres omisit, quamvis ipse coheres non possideat : utimirum si ipse collusit cum patrono. Hæc enim actio (ut vidab. infra) etiam adversus alium datur ad quem ex dolo ejus qui omisit, hereditas pervenit.

(4) *Coheredem.*

(5) Diminutionem, propter prædicta onera legatorum singularium.

neque imprudenter institutos legata recusare substitutis data. Recte enim recusant in se dari legatorum fideive commissorum petitionem substituto; cui liberum (1) fuit adeunti Hereditatem, non fideicommissum petere, sed universa bona obtinere. *l.* 10. § 1. Ulp. lib. 50. ad Ed.

XIII. *Item his Edictum non subvenit quibus aliquid relictum est expresse in eum easum quo heres esset is qui Hereditatem Omisit.*

Hine Si in testamento ita scriptum fuerit; Titius heres esto; Si Titius heres erit, Mævius heres esto; et Titius Omissa Causa Testamenti, Hereditatem legitimam Possederit; Mævio adversus eum Petitio Hereditatis dari non debet pro parte quam habiturus esset si Testamenti Causa Omissa non fuisset. Quum enim Omisso testamento Hereditas Possidetur, legatorum quidem et libertatum ratio habenda est; quia aliter quam ab herede dari non potuerunt. Hereditatis vero quæ ita data est, rationem habere Prætor non debet: sua enim culpa testator sub hac conditione hereditatis partem dedit quam potuit pure dare. *l.* 22. Julian. lib. 31. digest.

Quare et si ita scriptum fuisset; Titius heres esto, quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, Stichus liber heresque esto: et Titius Omisso Testamento Hereditatem Possideat; libertatem Prætor Stichi tueri non debet, nec Hereditatis Petitionem ei dare. *d. l.* 22. § 1.

XIV. *Est adhuc casus in quo legatarius hoc Edicto non juvatur, quamvis in ejus fraudem Causa Testamenti Omissa sit.*

Enimvero quum tam institutus quam substitutus in fraudem legatorum ab ipsis relictorum Causam Testamenti Omiserunt: Si eadem res diversis personis ab instituto et substituto fuerit relicta; non uterque, sed qui ab instituto accepit solus vindicabit. *l.* 20. Ulpian. lib. 4. disputat.

XV. Si quis sub conditione dandorum decem (vel qua alia quæ in dando vel in faciendo fuit) heres institutus Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Possideat Hereditatem; videndum est an huic in cujus persona conditio collata est, subveniri debeat? Et magis est ne subveniatur: neque enim legatarius est. *l.* 8. Ulp. lib. 50. ad Edict.

Etiam si Omiserit Causam Testamenti, et adierit ab intestato intra tempus quo poterat parere huic conditioni dandi, tamen ei non tenebitur; *neque enim* ut dictum est, *legatarius est.*

Sed et si adhuc parendi conditioni tempus habeat (2), hac parte Edicti non tenetur. *l.* 9. Paul. lib. 45. ad Ed.

ARTICULUS II.

Adversus quos hæ actiones competant.

Ex hoc Edicto agi potest, non solum adversus heredem qui dolo Omisit Causam Testamenti, sed interdum adversus eum ad quem per hujus repudiationem hereditas pervenit; adversus legatarium quoque qui, in fraudem eorum quæ ab ipso relicta sunt, fecit ut testamentum a scripto herede destitueretur. Sed et actionibus ex hoc Edicto tenentur heredes eorum adversus quos competunt.

§ 1. *De eo qui dolo Omisit Causam Testamenti.*

Adversus eum qui dolo Omisit Causam Testamenti, restituuntur actiones ex hoc Edicto, sive ipse Possideat Hereditatem, sive dolo desierit eam possidere; sive nunquam eam possiderit, sed dolo feeerit ut alter eam possideret.

XVI. *Primus casus. Et* 1.° *tenetur quum ipse eam possidet.*

Nec refert an ut heres proprie dictus, an ut qualiscumque successor intestati possideat.

Hinc Si pater a filiofamilias milite ex castrensi peculio heres institutus Omissa Causa Testamenti aliquid ex peculio (3) possidebit, dolove malo fecerit quominus possideret; datur in eum Legatorum actio. *l.* 17. § 3. *ff. de Test. milit.* Gaius lib. 15. ad Ed. provinc.

Item nil refert possideat juste an injuste, modo quasi heres possideat.

Enimvero Non quærimus qui prætermissa Causa Testamenti Ab Intestato Possideant, utrum jure legitimo possideant, an non. Nam quoquo jure possideant Hereditatem vel partem ejus, conveniri ex Edicto poterunt. Utique si non ex alia causa (4) possideant: ut puta, si quis Omisit quidem Hereditatem, sed ex causa fideicommissi Possidet missus in possessionem fideicommissorum servandorum causa; vel si proponas eum crediti servandi causa venisse in possessionem. Nam nec ex hac causa legatariis respondere cogetur.

Toties igitur Edictum Prætoris locum habebit, quoties aut quasi heres legitimus possidet, aut quia Bonorum possessionem accepit Ab Intestato; aut si forte quasi prædo Possideat Hereditatem,

(1) Hæc ratio sola non sufficeret, ut vid. supra N. 11. Sed ideo repelluntur quia dolum quem ipsi admiserunt, in alia persona arguere non debent.

(2) Sensus est: Quod diximus non teneri hoc casu heredem *hac parte Edicti* Si quis omissa, *etc.* obtinet non solum si jam tempus elapsum est conditioni præfinitum, *Sed et si adhuc tempus habeat huic conditioni parendi.*

(3) Pater peculium castrense filii intestati non jure hereditatis consequitur, sed quasi jure peculii retinet. Tamen cum in eo aliquomodo videri possit successor intestati filii, in Edictum incidit.

(4) Qui postquam Omisit Causam Testamenti, bona possidet hereditatis titulo, aut nullo titulo possidet; obnoxius est Edicto; non qui ea possidet alio titulo quam hereditatis.

fingens sibi aliquem titulum ab Intestato possessionis. Quocumque enim modo hereditatem lucri facturus quis sit, legata præstabit.

Sane (1) interveniente cautione, EVICTA HEREDITATE LEGATA REDDI. *l.* 1. § 9. ULP. LIB. 50. AD EDICT.

Certe si vacantia (2) bona quis possederit, et quadriennium (3) præterierit; indubitate conveniri poterit ex hac parte Edicti, quia et Omisit Causam Testamenti et quia Ab Intestato Possedit: et quidem sic, ut præscriptione quadriennii tutus sit. *l.* 6. § 7. ULP. LIB. 50. AD ED.

Denique circa titulum possessionis in eo qui ex hoc Edicto conveniri possit, necne, hanc regulam accipe: QUI Omissa Causa Testamenti, Pro emptore vel Pro donato, sive alio quolibet titulo (exceptis PRO HEREDE et PRO POSSESSORE) Possideat Hereditatem; a legatariis et fideicommissariis non convenitur. *l. fin.* HERMOGEN. LIB. 3. JURIS EPITOM.

XVII. *Observa, nil referre quantulum quis ex hereditate possideat.*

Igitur Etsi non totam aliquis Hereditatem, partemve ejus ex qua heres institutus est, Ab Intestato Possideat; sed vel minimam portiunculam vel etiam unam aliquam rem; tenetur hoc Edicto (*l.* 13. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.): Quamvis non proprie pars hereditatis in una re intelligatur. *l.* 14. GAIUS LIB. 2. DE TESTAMENTIS AD EDICT. PRÆTORIS URBANI.

Nec id iniquum est; cum ex suo quisque vitio hoc incommodo afficiatur. *l.* 15. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

Cum enim hereditas ab eo quoque peti possit qui unam aliquam rem hereditario nomine possideat (4); dubitari non oportet quin verum sit quod diximus. *l.* 16. GAIUS LIB. 2. AD ED. PRÆTORIS URBANI.

XVIII. *Hactenus de casu quo is qui dolo Omisit Causam Testamenti, Hereditatem Possidet.* Si autem is cui auferri hereditas potest, aliquid possideat de hereditate et possidere desierit sine dolo malo; magis est ut desinat conveniri. *l.* 6. § 5. ULP. LIB. 50. AD ED.

Quod ergo tempus spectabimus possideat, necne? Litis contestatæ tempus spectari debet. *d. l.* 6. § 6.

XIX. *Secundus casus.* Etsi non Possideat quis Hereditatem, dolo autem malo fecerit quominus possideat; eveniet ut perinde teneatur atque si hereditatem adisset. *l.* 1. § 10. ULP. LIB. 50. AD ED.

Dolo autem malo fecisse videtur quominus possideat, qui ad alium transtulit possessionem per fraudem; ut legatarii cæterique qui quid in testamento acceperunt, careant his quæ sibi relicta sunt. *d. l.* 1. § 11.

Quod Si quis vendiderit hereditatem; utique Possidere (5) videtur, non dolo fecisse quominus possideat (6). *l.* 4. § *fin.* ULP. LIB. 50. AD ED.

XX. *Superest tertius casus de quo ita Ulpianus:* Sane quæstionis fuit utrum is demum dolo malo facere videatur quominus Possideat, qui per dolum eam possessionem dimittat quam aliquando habuit: an vero is quoque qui hoc ipsum malitiose fecit ne ab initio possidere inciperet? Labeo sibi videri ait, non minus delinquere eum qui non incipiat Possidere quam eum qui desinat. Quæ sententia obtinet. *d. l.* 1. § 12.

Igitur Si quis per fraudem Omiserit Hereditatem ut ad legitimum perveniat, legatorum petitione tenebitur. *d. l.* 1. § 13.

Tunc autem maxime fraudulento consilio hoc factum intelligetur, si heres pecuniam a substitutis aut legitimis accepit ut Causam Testamenti Omitteret.

Hinc Licet Pro herede gerere non videatur qui pretio accepto prætermisit Hereditatem; tamen daudam in eum actionem exemplo ejus qui Omissa Causa Testamenti Ab Intestato possidet Hereditatem, Divus Hadrianus rescripsit. Proinde legatariis et fideicommissariis tenebitur. *l.* 2. ULP. LIB. 7. AD SABIN.

Sed et Si quis pecuniam non accepit, simpliciter autem Omisit Causam Testamenti, dum vult præstitum ei qui substitutus est vel legitimo; numquid locus non sit Edicto? Plane indignandum est circumventam voluntatem defuncti. Et ideo si liquido constiterit in necem legatarium hoc factum, quamvis non pecunia accepta sed nimia gratia collata; dicendum erit locum esse Utili actioni adversus eum qui Possidet Hereditatem. *l.* 4. ULP. LIB. 50. AD ED.

§ 2. *De eo ad quem Omissa ab altero dolo malo Testamenti Causa Hereditas pervenit.*

XXI. In eum qui Testamento scriptus heres non fuit, si fraudis consilio cum heredibus scriptis participato, legitimam Hereditatem solus Possideat, actio LEGATORUM ex sententia Prætoris dabitur. *l.* 27. § *fin.* PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Sed etsi is ad quem Hereditas alterius dolo Omissa pervenit, doli particeps non fuerit; dantur in eum hæ actiones, si ad eum ex causa lucrativa pervenit: secus, si ex causa onerosa.

(1) Hinc § qui in Pandectis Florentinis initium est § 10. huc reposuit: patet enim ex contextu, revera eum magis ad § 9. pertinere: § autem 10. (infra N. 19.) incipere debet ab his verbis, *Etsi non possideat.*

(2) A fisco comparata: nam et hic loco heredis est.

(3) Quadriennii præscriptione tuti sunt qui a fisco quid comparant. Non ideo minus autem tenetur ex hoc Edicto qui heres scriptus causam Testamenti omisit ut bona quasi vacantia fisco cederent, et ipse ea redimeret a fisco in fraudem eorum quæ ab ipso relicta erant.

(4) Vid. supra lib. 5. Tit. *de Heredit. petit. N.* 3.

(5) Propter pretium quod possidet.

(6) Et ideo *Directa* actione tanquam ex verbis Edicti, non *Utili* tenetur.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille : Si non solus sed cum alio Possidet Hereditatem is qui Omisit Causam Testamenti; rectissime Julianus ait quod et Marcellus probat, dandam et in ipsum quoque Legatorum actionem Utilem : nec enim aspernari debet obesse sibi factum heredis scripti, cui etiam profuerit. Hoc autem ita est, nisi si pecuniam accepit is qui Omisit Causam Testamenti : tunc enim in solidum (1) tenebitur. *l.* 10. Ulp. lib. 50. ad Ed.

Consonat quod ait Pomponius. Si pecuniam a substituto acceperis ut prætermitteres, isque adierit; an danda sit legatariis actio dubitari potest? Et puto, si ipse quoque prætermiserit (2), et (quod Lege ad se rediret) Possidebit Hereditatem; in utrumque vestrum dandam : ut ei tamen cui ab utroque legatum sit, in alterutrum detur actio. *l.* 3. lib. 3. ad Sabin.

De libertatibus quoque in hoc casu quæsitum est an competant, tam hæ quæ ab instituto quam hæ quæ a substituto datæ sunt? Et magis est ut competant tam directæ quam fideicommissariæ. *l.* 12. Ulpian. lib. 50. ad Ed.

XXII. *Similiter* Si duo sint heredes, institutus et substitutus, et ambo Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Possideant Hereditatem; quæstionis est, an ambo cogantur legata præstare : et utrum unusquisque ea legata quæ a se relicta sunt, an vero ambo utraque legata cogantur præstare? Ego puto, in solidum adversus singulos legatorum petitionem dandam.

Sed utrum eorum quæ a se legata sunt, an vero etiam eorum quæ ab altero herede, videamus? Et alias proponamus, institutum solum Possidere Hereditatem (3) eorum legatorum quæ sunt a se relicta, an etiam eorum quæ sunt a substituto relicta, actionem patitur? Dicendum est ita demum etiam eorum, si dolo substituti perveniat ad institutos hereditas sine pecunia. Nam si pecuniam accepit substitutus, ipse erit conveniendus (4).

Item si solus substitutus Possideret; si quidem pecunia accepta institutus Omisisset, dicemus institutum suis legatariis respondere debere, substitutum sois : si autem sine pecunia, adversus substitutum dabimus actionem (5).

Nunc, cum ambo Possideant, melius dicetur singulos suis legatariis respondere debere. *l.* 10. § 2. Ulpian. lib 50. ad Ed.

§ 3. *Uter prior conveniendus, an qui Causam Testamenti Omisit, an is qui Possidet.*

XXIII. *Vidimus ex Edicto teneri tam eum qui dolo Causam Testamenti Omisit, quam eum ad quem hereditas pervenit; quum hic fraudis particeps fuit, aut ex causa lucrativa ad eum pervenit.*

Sed utrum ab eo (*qui omisit*) erit incipiendum, et sic ad heredem (6) veniendum; an convertemus ordinem? Mihi videtur humanior esse hæc sententia ut possessor hereditatis prior excutiatur, maxime si lucrativam habet possessionem. *l.* 2. § 1. Ulpian. lib. 7. ad Sabin.

Et recte dicetur : Ubicumque quis dum vult præstitum ei qui se repudiante venturus est, non repudiaturus nisi præstitum vellet; et maxime si ob evertenda judicia id fecit; ibi dicendum est adversus possessorem competere actionem. Sic tamen ut, ubi quidem pecunia accepta repudiavit, ibi dicamus eum qui Omisit conveniendum : ubi vero gratis, in fraudem tamen eorum quibus relictum est, possessorem debere conveniri Utili (7) actione. *l.* 4. § 1. Ulpian. lib. 50. ad Ed.

XXIV. *Hæc ita obtinent, quum alter a quo relictum erat Omisit; ad alterum autem a quo relictum non erat, Hereditas pervenit.*

Quid autem de instituto et substituto a quorum utroque relictum est, et quorum uterque Omissa Causa Testamenti Possideat? Si ab instituto et substituto eadem res mihi legata sit, et Omissa Causa Testamenti Hereditatem Possideant Lege; etiam si ab utroque herede solidum mihi debetur, tamen ab uno legatum consecutus, ab altero petere non potero. Eligere itaque reum potero. *l.* 51. Javolen. lib. 7. epist.

§ 4. *De legatario aut fideicommissario qui in fraudem fideicommissi ab ipso relicti dolo facit ut heres scriptus Causam Testamenti Omittat.*

XXV. Quanquam de heredibus institutis videatur Prætor loqui, attamen etiam ad alios hæc res serpet : ut, si sit legatarius a quo fideicommissum relictum est, et hic (8) id egisset ut Omittatur Hereditas, doloque id fecit, conveniri debeat. *l.* 4. § 2. Ulp. lib. 50. ad Ed.

(1) Is qui Omisit scilicet; nec tenebitur is ad quem pars hereditatis pervenit, cum nec doli particeps fuerit, nec ex causa lucrativa possideat.

(2) Igitur substitutus qui pecuniam dedit instituto ut omitteret, ipse non tenetur; nisi ipse prætermiserit.

(3) Quia substituto Omittente causam substitutionis, ad ipsum ex causa intestati rediit hereditas.

(4) Non etiam institutus ad quem ex causa onerosa hereditas substituto delata rediit, et qui fraudis a substituto admissæ particeps non fuit.

(5) Etiam legatariis quibus ab instituto relictum est.

(6) Id est, qui hereditatem possidet.

(7) Scilicet priusquam ad eum qui in fraudem omisit, deveniant.

(8) Puta : hic legatarius gratia aut pecunia obtinuit ut heres scriptus repudiaret hereditatem; et sic ad ipsum legatarium (quem ab intestato vocari supponendum est) perveniret hereditas. Tenebitur ex hoc Edicto, quasi ex Testamento legatum sibi sub onere fideicommissi relictum possideret.

§ 5. *An et quatenus teneantur heredes eorum quos ex hoc Edicto teneri diximus.*

XXVI. Heredem ejus qui Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Possidet Hereditatem, in solidum Legatorum actione teneri constat. Magis est enim rei persecutionem quam pœnam continere; et ideo et perpetuam esse. Hoc autem ita est, nisi propter dolum defuncti (1) conveniatur heres: tunc enim in id quod ad eum pervenit, conveniretur. *l.* 12. § 1. Ulpian. lib. 50. ad Ed.

ARTICULUS III.

Quales et quatenus ex hoc Edicto dentur actiones.

XXVII. *Tales et eatenus ex hoc Edicto dantur actiones, quales adversus eum qui dolo Testamenti Causam Omisit, competiissent si Omissa non fuisset.*

Corollarium Primum.

Hinc Si duo heredes instituti, ambo Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Possideant Hereditatem; tunc quia uterque Prætorio (2) Jure perinde habetur atque si ex testamento hereditatem adiisset, pro partibus (3) in singulos competit actio. *l.* 18. Gaius lib. 2. de Testamentis ad Edictum Prætoris Urbani.

Verum si is qui Omisit, ex asse scriptus fuit; quamvis Ab Intestato partem duntaxat obtineat, ex asse tenebitur. Quod tamen exceptionem patitur in pupillo, quum dolo ejus tutoris Causa Testamenti Omissa est.

Nam Si dolo tutoris Omiserit pupillus Causam Testamenti et legitimam Hereditatem Possideat; danda est Legatorum actio in pupillum: sed eatenus quatenus hereditas ei acquisita est. Quid enim si cum alio possideat Hereditatem? *l.* 24. Paul. lib. 60. ad Ed.

Sed hoc et in eo qui pubes est plerique putant observandum; ut, pro qua parte Possideat, teneatur; quamvis (4) Prætor perinde in eum det actionem atque si adisset Hereditatem. *d. l.* 24. § 1.

Corollarium Secundum.

Admonendi sumus; huic in quem, ex hac parte Edicti, Legatorum actio datur, beneficium Legis Falcidiæ concedendum (5). *l.* 18. § 1. Gaius lib. 2. ad Ed de Testamentis Prætoris Urbani.

Corollarium Tertium.

Præterea patrono quoque, qui ex asse heres institutus est, si Ab Intestato Possederit Hereditatem, commodum partis debitæ quod habiturus foret si ex Testamento adisset hereditatem, salvum ei debet esse. *l.* 19. Gaius lib. 17. ad Ed. provinc.

Corollarium Quartum.

Is quidem Qui Omissa Causa Testamenti Ab Intestato Possidet Hereditatem, servos ad libertatem perducere debet; ne eis factum noceat ejus qui ex testamento adire voluit: sic tamen ut habeat libertos. *l.* 29. Ulp. lib. 5. fideicommissorum.

XXVIII. *Dicimus tales demum restitui actiones ex hoc Edicto, quales competiissent si ex testamento adita esset hereditas.*

Multo magis dicendum non dari ullas, nisi quæ hoc casu competiissent. Hinc Si libertas sub conditione fuerit data Si decem dederit, et omissa Causa Testamenti fuerit; non aliter libertas competet quam si conditioni paritum sit. *l.* 6. § *fin.* Ulp. lib. 50. ad Ed.

Cæterum non ideo minus omnibus legatariis actiones restituentur adversus heredes scriptos, quod Causa Testamenti quam Omiserunt potuisset infirmari per Bonorum possessionem Contra tabulas.

Hinc Si filius qui mansit in patris potestate, item filia heredes instituti, præterito fratre emancipato qui Contra tabulas accipere possessionem potuit, ut Intestati patris Possessionem acceperint; legata omnibus (6) præstabunt; nec filia dotem (7) suam fratri conferet; cum, ut scripta, videatur Hereditatem habere. *l.* 23. Ulp. lib. 26. ad Ed.

ARTICULUS IV.

Quis ordo servetur quum alii ex hoc Edicto petunt ea quæ ex causa Testamenti relicta sunt, alii quæ ex causa intestati.

XXIX. *Supra Sect.* 1. § 2. *obiter vidimus heredem a qua legata quibusdam testamento relicta sunt, et a qua aliis ab Intestato fideicommissa relicta, si in hoc Edictum inciderit, debere secundum Juliani sententiam prius præstare legata ex dodrante hereditatis, fideicommissa vero ab Intestato relicta quatenus duntaxat quid ex dodrante superesset.*

Quid deinde dicemus si iisdem et ex testamento

(1) Qui omisit dolo, ut non ipse, sed alter possideret.

(2) Id est, hoc Edicto.

(3) Ex quibus scripti erant.

(4) Hic improbat eorum sententiam, definitque antenus in eos actionem dari quatenus adversus eos competiisset, si non Omisissent; scilicet dari in solidum.

(5) Nam si adivisset, non competerat actio in eum nisi cum deductione Falcidiæ.

(6) Non his solis quibus præstantur quum petita est Bonorum possessio *Contra tabulas.*

(7) Jure Pandectarum in hereditate duntaxat intestati parentis dotem conferre fratribus filia dotata tenebatur, non quum ex Testamento erat heres. Vid. Tit. *de Collat. dot.* infra lib. 37.

legata, et fideicommissa ab Intestato fuerint relicta, et præterea aliis fideicommissa? An ordinem illum debeamus facere quem Julianus monstrat : an vero contribuemus omnes fideicommissarios quasi æquales? Et magis est ut ita distinguamus; Multum interesse, utrum incidit in Edictum heres, an non? Nam si incidit (1), præferendi erunt hi quibus testamento relicta fuerunt quædam; sin vero non incidit, quia hæc fuit testatoris voluntas ut daret ei facultatem et ab Intestato succedendi; vel quia alia causa intercessit quæ secundum ea quæ supra scripta sunt non offendit Edictum; dicendum est contribui fideicommissa debere quasi exæquata. *l.* 6. § 2. Ulp. lib. 50. ad Ed.

(1) Quia testator non ei expresse permisit Omittere Causam Testamenti ut Ab Intestato adiret : ut vid. supra.

TITULUS V.

DE SENATUSCONSULTO SILANIANO, ET CLAUDIANO; QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR.

Postquam *de acquirenda hereditate egerunt Pandectarum ordinatores; transeunt ad causas ex quibus hereditas quam heres acquisivit, ei ut indigno eripitur : inter quas illa est, si quis Testamentum ejus quem per vim occisum esse constaret, ante quæstionem de familia habitam suppliciumque de noxiis sumptum, Aperuerit, recitaverit, aut hereditatem ex eo adiverit.*

Hinc etiam ansam arripiunt exponendi duo Senatusconsulta quibus de hac quæstione habenda supplicioque sumendo cavetur.

De hac quæstione et supplicio in prima Sectione agemus : In secunda de præmio eorum qui noxios cædis detexerunt, et pœnis eorum qui illos occultaverunt; In tertia, de pœna heredis qui ante quæstionem de familia ejus qui necatus est habitam, Testamentum ejus Aperuerit, recitaverit, descripseritve, aut ejus hereditatem adierit. Quarta Sectio erit de pœna heredis qui mortem defuncti ultus non est.

SECTIO I.

De quæstione et supplicio habendis de familia ejus qui necatus est.

I. Cum aliter nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis tam ab domesticis quam ab extraneis præstare servi cogantur; ideo Senatusconsulta introducta sunt de publica quæstione a familia necatorum habenda. *l.* 1. Ulp. lib. 50. ad Ed.

Duo sunt hujusmodi Senatusconsulta; scilicet Silanianum, *et* Claudianum.

Silanianum *censet Cujacius sub Augusto latum, P. Cornelio-Dolabella et Junio-Silano Consulibus, anno ab U. C. 763. Eo autem cautum est ut si dominus per vim occisus esset, de familia ab herede antequam adeat publica quæstio haberetur; deque servis qui sub eodem tecto fuerunt, supplicium sumeretur : si prius heres adeat, hereditas fisco vindicaretur.*

Claudianum *quod etiam* Neronianum *et* Pisonianum *dicitur, latum est anno ab U. C. 810, sub Claudio-Nerone et L. Calphurnio-Pisone Coss. quo Silanianum confirmatur et quædam ei adjiciuntur : ut videb. in decursu.*

Ut quæ ad hanc materiam pertinent, methodice exponantur : 1.° Qui Familiæ appellatione in his Senatusconsultis contineantur; 2.° Quando ex his Senatusconsultis quæstio et supplicium habeantur; 3.° In quo hæc quæstio consistat.

ARTICULUS I.

Qui familiæ appellatione his Senatusconsultis contineantur.

§ 1. *Qui contineantur* Familiæ *appellatione in Senatusconsulto Silaniano.*

II. *Familiæ appellatione potissimum continentur servi quorum is qui necatus est dominus fuit.*

Et Domini appellatione continetur qui habet proprietatem, etsi ususfructus alienus sit. *d. l.* 1. § 1.

Nil refert etiam quod servus pignori datus sit.

Nam Servus pignori datus, quod attinet ad debitoris necem, per omnia perinde habetur atque si pignori datus non esset. *d. l.* 1. § 3.

III. *Item dominus servi intelligitur, quamvis ille servus ex certa die aut conditione ejus esse desinere deberet.*

Hinc Servi appellatione etiam hi continentur qui sub conditione legati sunt. Nam medio tempore heredis sunt : nec quod conditio existens efficit ut desinant esse heredis, facit ne videantur interim ejus (1) esse.

(1) Si igitur heres occisus fuerit, de his servis ex his Senatusconsultis habetur quæstio.

Idemque erit dicendum in statulibero. *d. l.* 1. § 4.

Sed in eo cui fideicommissa libertas pure debetur, extat Rescriptum Divi Pii ad Jubentium-Sabinum, quo ostenditur non esse festinandum ad tormenta ejus cui fideicommissa libertas debetur. Et magis est ne puniatur (1) ob hoc quod sub eodem tecto fuit, nisi particeps sceleris fuerit. *d. l.* 1. § 5.

IV. Domini appellatione, etiam pro parte dominum contineri dicendum est. *d. l.* 1. § 6.

Igitur Si unus ex dominis non compareat; quærendum est de casu ejus per servos quos communes habuerunt. Magis enim de salute aut ultione domini non comparentis quam in caput præsentis torquebuntur. *l.* 6. § 2. Paul. lib. 47. ad Ed.

V. *Cæterum* Qui servum bona fide possedit, domini appellatione non continebitur; nec qui usumfructum solum habuit. *d. l.* 1. § 2.

VI. *Aliquando ex eventu pendet an is qui necatus est, quorumdam servorum dominus fuisse intelligi debeat : quo casu ab illo eventu pariter pendebit an isti servi Senatusconsulto obnoxii esse debeant.*

Hoc docet Paulus in hac specie. Si exheredatus filius antequam adiretur patris hereditas, occisus sit, ex eventu inspicietur : ut, si adita fuerit hereditas, quasi alieni fuisse videantur : si vero irritum testamentum factum sit; quia ipsius essent si viveret, omnia perinde aguntur ac si dominus esset. *l.* 10. Paul. lib. singul. ad SC. Silanian.

Et Scævola ait, Constantius defendendum herede instituto filio (2), de his quæstionem habendam et supplicium qui pure legati vel manumissi sunt; ante aditam hereditatem filio occiso. Quamvis enim si viveret herede eo existente ipsius non essent futuri; attamen ubi decessit, quo extinctum legatum et libertas est, Senatusconsulto fore locum dicit. *d. l.* 1. § 13.

VII. *Non solum de servis ejus qui necatus est quæstio habetur, sed et de servis patris ejus.*

Enimvero Domini appellatione, et filiusfamilias, cæterique liberi qui in potestate sunt, continentur. Senatusconsultum enim Silanianum non solum ad patresfamilias, verum ad liberos quoque pertinet. *d. l.* 1. § 7.

Quid deinde dicemus, si liberi non sint in potestate? Marcellus libro 12 Digestorum dubitat. Ego puto plenius accipiendum, ut etiam ad eos liberos pertineat qui in potestate non sunt. *d. l.* 1. § 8.

A fortiori Si pater ab hostibus captus sit, quæstionem de servis habendam et supplicium filio occiso eleganter Scævola ait. Quod etiam post mortem patris probat (3); si antequam ei suus heres existat, occisus fuerit. *d. l.* 1. § 12.

In eo qui est in adoptionem datus, non putamus locum habere Senatusconsultum; quamvis in adoptato locum habet. *d. l.* 1. § 9.

Sed nec in alumno occiso locus est Senatusconsulto. *d. l.* 1. § 10.

Vice versa Si pater necatus sit, an de servis filii quæstio habeatur; si forte in castrensi peculio servos habuit; Et magis est, quæstionem de servis filii habendam, suppliciumque sumendum, licet non sit in potestate filius. *d. l.* 1. § 14.

§ 2. *De appellatione* Familiæ *in Senatusconsulto Claudiano seu Neroniano.*

VIII. *Neronianum SC. latius porrexit appellationem familiæ. Nam* Neroniano Senatusconsulto cavetur ut occisa uxore, etiam de familia viri quæstio habeatur; idemque juxta uxoris familiam observetur, si vir dicatur occisus. Paul. sent. *tit.* 7. § 5.

Hinc Ulpianus. Si vir aut uxor occisi esse proponantur, de servis eorum quæstio habetur : quanquam neque viri servi proprie uxoris dicantur, neque uxoris proprie viri; sed quia commixta familia est, et una domus est, ita vindicandum atque in propriis servis Senatus censuit. *sup. d. l.* 1. § 15.

Sed neque uxore occisa, neque marito, de servis soceri quæstionem habendam Senatus censuit (4). Marcellus autem libro 12 Digestorum, Etiam in soceri servis idem quod in mariti recte dixit (5). *d. l.* 1. § 16.

De matris servis, filio filiave occisis, quæstio non habebitur. *d. l.* 1. § 11.

IX. *Item ex Neroniano Senatusconsulto* (6), De his quoque servis qui testamento manumissi sunt, perinde atque servis, supplicium sumendum est. *l.* 3. § 16. Ulp. lib. 50. ad Ed.

De his qui antequam Testamentum occisi occisæve Aperiretur profugissent, posteaque Aperto Testamento liberi scripti invenirentur; perinde ac si de servis, quæstio habenda suppliciumque sumendum est. Nam est æquissimum ultioni dominorum non obstare indulgentiam ipsorum; quam quo quisque pleniorem esset expertus, eo graviorem sceleri suo pœnam merebitur. *d. l.* 3. § 17.

Lege Cornelia Præterea cavetur ut de his qui ante quæstionem habitam fugerint, si Aperto Testamento liberi scripti inveniantur, Lege DE SICARIIS judicium fiat; ita ut ex vinculis (7) causam dicant,

(1) Quum necatus est heres qui fideicommissam libertatem ipsi debebat.

(2) Finge filium emancipatum ex asse institutum; qui, antequam adeat, occisus sit.

(3) Scilicet idem probat; ut filio occiso quamvis post mortem patris et antequam filius ille *Suus* heres patri extitisset (puta, si dum penderet jus Testamenti patris, occisus sit) tamen de servis hereditatis patris quæstio haberi debeat.

(4) Id est, tacuit de eo casu. Ex SCti autem sententia idem dicendum.

(5) Non ex verbis, sed ex sententia Senatusconsulti.

(6) Hoc Senatusconsulti caput refert Tacitus, *Annal.* XIII. 52.

(7) Servi ex vinculis causam dicebant.

et convicti perinde ac servi puniantur (1); et ei qui convicerit, deni aurei præmii nomine dareutur ex bonis damnati. *l.* 25. § 1. Gaius lib. 17. ad Ed. provinc.

Adhuc multo majori ratione non se subtrahent pœnæ hi servi quos heres, dum forte cædes ignoraretur, alienavit.

Cæterum Senatusconsulto Pisoniano (2) cavetur ut, si pœnæ obnoxius servus venisset, quandoque animadversum in eum esset, ut venditor pretium præstet; ne emptori injuriam fecisse videatur Senatus. *l.* 8. Paul. lib. 46. ad Ed.

X. Sub Divo Trajano constitutum est de his libertis quos vivus manumiserat, quæstionem haberi. *l.* 10. § 1. Paul. lib. sing. ad SCtum Silan.

Idemque erit de his qui jus annulorum petierant. *l.* 11. Tryphonin. lib. 2. disput.

ARTICULUS II.

Quando ex his Senatusconsultis quæstio et supplicium habeatur de familia.

Ut ex his Senatusconsultis quæstio et supplicium de familia habeantur, hæc concurrant oportet. 1.° *Ut constet aliquem esse occisum, et quidem per vim;* 2.° *Ut servi de quibus quæstio suppliciumve habetur, domino auxilium non tulerint, aut dolo malo tulerint;* 3.° *Ut auxilium ferre ei potuerint; quod regulariter præsumitur quum sub eodem tecto fuerunt;* 4.° *Ut non satis supervixerit dominus ut ipse in familiam suam animadvertere posset.*

5.° *Quæremus an etiam quum percussor certus est, quæstio habeatur; et an ex solo domini morientis testimonio certus esse possit.*

§ 1. *Oportere ut constet dominum esse occisum, et quidem per vim.*

XI. Item illud sciendum est, nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem. Liquere igitur debet scelere interemptum, ut Senatusconsulto locus sit. *l.* 1. § 24. Ulp. lib. 50. ad Ed.

XII. Occisorum appellatione eos contineri Labeo scribit, qui per vim aut cædem sunt interfecti: ut puta jugulatum, strangulatum, præcipitatum, vel saxo vel fuste vel lapide percussum, vel quo alio telo necatum. *d. l.* 1. § 17.

Ubicumque igitur vis adhibita est quæ interimere solet, ibi dicendum est locum Senatusconsulto fore. *d. l.* 1. § 20.

Igitur si quis occisus quidem sit, sed non per vim; locus non est Senatusconsulto.

V. G. Quod si quis puta veneno, vel etiam quo alio quod clam necare soleat, interemptus sit; ad hoc Senatusconsultum vindicta mortis ejus non pertinebit. Hoc idcirco quia toties puniendi sunt servi quia auxilium domino non tulerunt, quoties potuerunt ei adversus vim opem ferre et non tulerunt. Cæterum quid potuerunt facere adversus eos qui veneno vel quo alio more insidiantur? *d. l.* 1. § 18.

Plane si venenum per vim infusum sit, Senatusconsultum locum habet. *d. l.* 1. § 19.

Quid ergo si dominus veneno, non per vim necatus esse proponatur, impunitum erit factum? Nullo modo. Licet enim cessat Senatusconsultum Silanianum, nec quæstio suppliciumque de his qui sub eodem tecto fuerunt habeatur; tamen si qui conscii vel factores sceleris fuerunt, hi demum supplicio afficiuntur: et adiri hereditas, Aperirique tabulæ etiam ante quæstionem habitam possunt. *d. l.* 1. § 21.

XIII. *Quum dicitur oportere per vim occisum esse dominum ut de ejus familia quæstio habeatur, vim intelligimus ab alio illatam.*

Quod Si sibi manus quis intulit, Senatusconsulto quidem Silaniano locus non est; sed mors ejus vindicatur: scilicet ut si in conspectu servorum hoc fecit; potueruntque eum in se sævientem prohibere, pœna afficiantur; si vero non potuerunt, liberentur. *d. l.* 1. § 22.

§ 2. *Oportere ut servi auxilium domino non tulerint, aut dolo malo tulerint.*

XIV. Excusantur autem servi qui auxilium tulerunt sine dolo malo.

Nam si finxit se quis auxilium ferre, vel dicis gratia tulit; nihil hoc commentum eis proderit. *d. l.* 1. § 34.

Quando autem sine dolo tulisse auxilium quis intelligitur?

Tulisse autem auxilium non tantum is videtur qui servavit dominum, (hoc est, qui potuit ita opem ferre ut salvus esset dominus); verum is quoque qui quidquid potuit fecit, tametsi dominus interfectus est: veluti si quis clamavit ut ad auxilium conveniretur, aut terruit aggressores, atque si quis turbam convocavit, aut si corpus suum objecit, vel alias corpore suo auxilium tulit. *d. l.* 1. § 35.

Non tamen semper qui clamore usus est, auxilium tulisse videtur. Quid enim si, quum posset manu depellere a domino periculum, ille clamorem inanem elegit? Plectendus utique erit. *d. l.* 1. § 36.

Quid si vulnerati sint servi, cum protegerint dominum? Dicendum est parci eis debere: nisi si aut ipsi vulnera ista fecerunt data opera ne punirentur, aut talia vulnera isti acceperunt ut possint nihilominus opem ferre si voluissent. *d. l.* 1. § 37.

Hinc Modestinus: Quum dominus occiditur, auxilium ei familia ferre debet, et armis, et manu,

(1) Aliæ erant pœnæ servorum, aliæ liberorum hominum.

(2) Quod idem est ac Neronianum, ut jam diximus.

et clamoribus, et objectu corporis. Quod si, quum posset, non tulerit: merito de ea supplicium sumitur. *l.* 19. Modestin. lib. 8. Pandect.

XV. *Una hic emergit quæstio.* Si, quum omnes domini aggressuram paterentur, uni servus opem tulit; an sit excusandus, an vero quia omnibus non tulit plectendus? Et magis est [ut] siquidem omnibus ferre potuit, quamvis quibusdam tulit, supplicio afficiendum: si vero simul omnibus non potuit, excusandum quia quibusdam opem tulerit. Nam illud durum est dicere; si, cum duobus auxilium ferre non possit, elegit alteri esse auxilio, electione crimen cum contraxisse. *l.* 3. § 4. Ulp. lib. 50. ad Ed.

Quare et si servus mulieris, marito dominæ magis auxilio fuit quam dominæ, vel contra; dicendum est, ignosci ei debere. *d. l.* 3. § 5.

XVI. *Ita demum igitur a quæstione et etiam a supplicio servi liberari possunt; si, quantum in ipsis fuit, auxilium domino tulerunt.*

Hoc adeo verum est, ut non ideo excusentur quod non nisi periculo capitis sui id facere non potuerint.

Juxta hoc videtur et Divus Hadrianus rescripsisse in hæc verba: « Servi quotiens dominis suis » auxilium ferre possunt, non debent saluti eorum » suam anteponere. Potuisse autem ancillam, quæ » in eodem conclavi cum domina sua fuerat, auxilium ei ferre (si non corpore suo, aut certe voce » plorantem ut hi qui in domo fuerant, aut vicini, » audirent) hoc ipso manifestum est, quod dixit » percussorem sibi mortem minatum si proclamasset. Ultimum itaque supplicium pati debet; » vel in hoc ne cæteri servi credant, in periculo » dominorum sibi quemque consulere debere». *l.* 1. § 28. Ulp. lib. 5. ad Ed.

Hoc Rescriptum multa continet. Nam ei non parcit qui in eodem conclavi fuit; et ei qui timuit mori non ignoscit; et quod vel voce oporteat servos dominis auxilium ferre ostendit. *d. l.* 1. § 29.

§ 3. *Oportere ut servi potuerint auxilium ferre.*

XVII. *Ita demum de servis eo nomine quod domino quum occideretur auxilium non tulerint, quæstio et supplicium habetur; si auxilium ferre potuerunt. Potuisse autem præsumuntur si sub eodem tecto cum domino fuerunt dum occideretur: secus, si procul ab illo abessent.*

Hoc autem Senatusconsultum eos quidem qui sub eodem tecto fuerunt, omnimodo punit: eos vero qui non sub eodem tecto sed in eadem regione, non aliter nisi conscii fuissent. *d. l.* 1. § 26.

Eodem autem tecto qualiter accipiatur, videamus: utrum intra eosdem parietes, an et ultra; intra eandem domum, vel eosdem hortos, vel totam villam? Et ait Sextus: Sic sæpe judicatum ut quicumque eo loci fuerunt unde vocem exaudire potuerunt, hi puniantur quasi sub eodem tecto fuerint: licet alii validioris vocis, alii exiguioris sunt, nec omnes undique exaudiri possunt. *d. l.* 1. § 27.

Cæterum Si quis in villa agens occisus sit; plusquam iniquum est, si forte diffusa late prædia habeat, de omnibus qui in ea regione fuerint servis et quæstionem habere et supplicium sumi. Sufficit ergo eos qui cum ipso qui occisus dicitur, fuerunt; et qui suspicione cædis aut conscientia attingi videbuntur; de his quæstionem haberi. *d. l.* 1. § 30.

Sed et Quum dominus in itinere esset occisus; de his qui una cum eo fuerunt quum occideretur, vel quum una fuissent profugerunt, supplicium sumendum est. Quod si cum domino nemo fuit quum occideretur; cessant ista Senatusconsulta. *d. l.* 1. § 31.

Consonat quod definit Justinianus: Omnes servos ex quocumque loco sive in domo, sive in via sive in agro possint clamorem exaudire vel insidias sentire, et non auxilium tulerunt, supplicio Senatusconsulti subjacere. *l. fin. Cod. de His quibus ut indign.*

XVIII. *Sed et si sub eodem tecto fuerint;* Subvenitur eis qui eo tempore quo dominus dominave occisus est, clausi ita fuerunt sine dolo malo, ut erumpere succurrendi causa, aut comprehendendi eos qui cædem fecerint, non potuerint. Nec interest a quo clausi continebuntur. Sic tamen, si non data opera voluerint se ita includi, ne opem ferre possint. Clusos accipere debemus, etsi sunt vincti: si tamen ita vincti, ut omnimodo erumpere vincula et auxilio esse non potuerunt. *l.* 3. § 6. Ulp. lib. 50. ad Ed.

XIX. *Item* Si maritus uxorem noctu intra cubiculum secum cubantem necaverit, vel uxor maritum; servi pœna Senatusconsulti liberabuntur. *d. l.* 3. § 2.

Hoc enim casu vix fieri potest ut exaudiverint. Sed si exaudissent et opem non tulissent, plectendi erunt, non tantum si proprii essent mulieris, sed etiam si mariti. *d.* § 2.

Sed et si dominæ adversus maritum ejus opem ferre potuerunt nec fecerunt, uno casu eis ignoscitur. Scilicet: Si tamen maritus in adulterio deprehensam occidat; quia ignoscitur ei, dicendum est non tantum mariti sed etiam uxoris servos liberandos, si justum dolorem exsequenti domino non restiterunt. *d. l.* 3. § 3.

XX. Si quis in gravi valetudine affectus opem domino ferre non potuerit; subveniendum est ei. *d. l.* 3.

Ignoscitur etiam his qui ætate defecti sunt. *d. l.* 3. § 7.

Surdus quoque inter imbecillos numerandus est, aut inter eos qui sub eodem tecto non sunt: quia ut illi per spatium, ita hic per morbum nihil audit. *d. l.* 3. § 8.

Cæcus quoque veniam mereri debet. *d. l.* 3. § 9.

Mutum simili modo excipimus; sed ibi, ubi vocis tantum auxilium superfuit. *d. l.* 3. § 10.

Furiosos excipi nequaquam dubium est. *d. l.* 3. § 11.

XXI. Impubes servus vel ancilla nondum viripotens non in eadem causa erunt : ætas enim excusationem meretur. *l.* 1. § 32. Ulp. lib. 50. ad Edict.

Impuberi autem utrum in supplicio tantum parcimus, an vero etiam in quæstione? Et magis est ut de impubere nec quæstio habeatur. Et alias solet hoc in usu observari ut impuberes non torqueantur : terreri tantum solent et habena vel ferula (1) cædi. *d. l.* 1. § 33.

Ætas quidem impuberem excusat ne de eo quæstio suppliciumve habeatur; propter hoc solum quod quum sub eodem tecto esset, auxilium domino non tulerit. Verum hinc cave concludas pariter eum excusari si cædis conscius fuerit auctoremque non prodiderit.

Enimvero Excipiuntur Senatusconsulto Silaniano impuberes servi. Trebius autem Germanus Legatus etiam de impubere sumi jussit supplicium, et tamen non sine ratione. Nam is puer nec multum a puberi ætate aberat, et ad pedes domini cubuerat quum occideretur, nec postea cædem ejus prodiderat. Ut enim opem ferre eum non potuisse constabat, ita silentium præstitisse etiam postea certum erat. Et his duntaxat impuberibus Senatusconsulto parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent : qui vero ministri vel participes cædis fuissent, et ejus ætatis (quanquam nondum puberis) ut rei intellectum capere possent; his non magis in cæde domini quam in ulla alia causa parci oportere. *l.* 14. Mæcian. lib. 11. de Publicis judiciis.

§ 4. *Oportere ut dominus qui necatus est, non satis supervixerit ut ipse in familiam suam animadvertere posset.*

XXII. Si dominus mortifere vulneratus supervixerit, nec de quoquam servorum suorum conquestus sit; etiamsi sub eodem tecto fuerunt, tamen parcendum illis erit. *d. l.* 1. *§ fin.*

Similiter Paulus : Si appetitus sit, nec occisus dominus; nihil Senatusconsulto cavetur. Ipse enim in familiam suam potest animadvertere. *l.* 6. *§ fin.* Paul. lib. 46. ad Ed.

Et in libertos extraordinarium auxilium habebit. *l.* 7. Paul. lib. sing. ad SC. Silan.

XXIII. *A fortiori tuti erunt quos dominus expresse absolverit.*

Nam Divus Marcus-Commodus Pisoni rescripsit in hæc verba : « Cum constiterit apud te, Piso « carissime, Julium-Donatum, posteaquam conterritus adventu latronum profugerat in villam « suam, vulneratum esse; tunc testamento facto « purgasse officium servorum suorum : nec « pietas pro servis nec sollicitudo heredis obtinere debet ut ad pœnam vocentur quos absolvit dominus ipse ». *l.* 2. Callistr. lib. 5. de cognition.

§ 5. *An etiam quum percussor certus est, quæstio haberi possit; et an ex solo domini morientis testimonio certus esse possit.*

XXIV. Etsi percussor certus sit; tamen habenda quæstio est (2) ut cædis mandator inveniatur. Utique autem ipse maxime quæstioni dabitur : quamvis et cæteri puniantur. *l.* 6. Paul. lib. 46. ad Ed.

Observandum quod, Si quis moriens dixisset a servo vim mortis allatam esse sibi : dicendum est non esse credendum domino, si moriens hoc dixit; nisi potuerit et probari. *l.* 3. § 1. Ulp. lib. 50. ad Ed.

ARTICULUS III.

In quo hæc quæstio consistat.

XXV. Quæstionem sic accipimus, non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem et defensionem mortis. *l.* 1. § 25. Ulpian. lib. 50. ad Edict.

Prius de se familia torquenda est : et, si confiteatur, tunc interrogatur quo mandante flagitium admissum sit. *l.* 17. Modestin. lib. 8. regul.

Et Quamvis alias in caput domini servi non torqueantur; recte tamen fiet quæstio, etiamsi heredem accuset, sive extraneus heres, sive ex Suis sit. *l.* 6. § 1. Paul. lib. 46. ad Ed.

SECTIO II.

De præmiis eorum qui cædis noxios detexerunt, et de pœnis eorum qui illos occultaverunt.

XXVI. *Servus qui domini cædis auctorem indicavit, libertate donatur.*

Utrum autem is solus videatur indicasse (3) vel arguisse, qui ad hoc prosiliit ultro; an etiam is qui, quum accusaretur ipse, detorsit in alium crimen? Et magis est ut ille hoc præmio dignus sit, qui ultro ad accusationem prosiliit. *l.* 3. § 14. Ulp. lib. 50. ad Ed.

(1) *Habena* hic pro loris accipitur. Quocirca Horatius :
In scalis latuit metuens pendentis habenæ.
Epist. lib. 2.

Ferula autem est plantæ seu arbusti species. Ea vapulare solent pueri : unde quidam putant eam *a feriendo* dictam. Isidor. *Origin.* lib. 17. 9.

(2) De familia.

(3) Ita recte post Anton. Augustinum emendat Cujacius. Vulgo male *vindicasse*.

Nam INDICASSE est detulisse, arguisse, accusasse, et convicisse. *l.* 197. *ff. de Verb. signif.* IBID.

XXVII. *Et* Si servus a testatore occiso legatus sit, et Prætor pro præmio statuerit liberum eum esse; dicendum est non impediri libertatem. *l.* 12. PAUL. LIB. SINGUL. AD SCTUM SILANIANUM.

Sed nec impeditur ejus libertas quod ex stipulatu debeatur, aut sit communis.

Hoc autem casu: Si ex stipulatu servus debeatur, et cædem domini arguerit, et pro hoc præmio liber esse jussus sit; Ex stipulatu actio stipulatori non datur. Nam et si supplicio affectus fuisset, non daretur (1). Quod si sub eodem tecto non fuit (2); Ex stipulatu actio, in æstimatione servi, Utilis erit creditori. *l.* 3. § 13. ULPIAN. LIB. 50. AD ED.

Similiter Domino a familia occiso servus communis necem ejus detexit. Favore libertatis liber quidem fieri debet; pretii autem partem sibi contingentem socium consequi oportet. *l.* 16. MARCELL. LIB. 12. DIGEST.

XXVIII. *Denique* Hi quoque qui non potuerunt alias ad libertatem pervenire; ut puta, si hac lege distractus erat quis ne manumitteretur; poterunt, propter hoc quod in commune utile est, ad libertatem pervenire. *d. l.* 3. § 15.

XXIX. *Hactenus de servis ejus qui occisus est. Præmium quoque statuitur extraneis.*

Enimvero Lege Cornelia cavetur de præmio accusatoris qui requisivit et renuntiavit eos servos qui ex ea familia ante quæstionem fugerint: ut in singulos servos quos convicerit, quinque aureos ex bonis occisi, aut (si inde redigi ea quantitas non possit), ex publico accipiat. Quod præmium non in omnes servos qui sub eodem tecto locove fuerint, sed in eos solos qui cædem admisissent, accusatori tribuitur. *l.* 25. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

XXX. *Contra* Si quis quem eorum servum servamve ex ea familia qui ejus facinoris noxius erit, receperit, vel celaverit, sciens dolo malo: in ea causa est ac si lege quæ DE SICARIIS lata est, facinoris noxius fuerit. *l.* 3. § 12. ULP. LIB. 50. AD ED.

SECTIO III.

De Testamento ejus qui necatus est, ante quæstionem de familia habitam non Aperiendo, et hereditate ejus non adeunda.

XXXI. Quod ad causam Testamenti pertinens relictum erit ab eo qui occisus esse dicetur: id ne quis sciens dolo malo Aperiendum, recitandum, describendumque curet, Edicto cavetur; priusquam de ea familia quæstio ex Senatusconsulto habita (3), suppliciumque de noxiis sumptum fuerit. *d. l.* 3. § 18.

Prohibetur etiam ne hereditas ejus qui occisus est interim adeatur.

Exponendum: 1.° *Quid prohibeatur circa testamentum; et quæ scriptura hac prohibitione continetur;* 2.° *Quæ aditio prohibeatur hereditatis;* 3.° *Quo casu hæc omnia prohibeantur: et quæ sit pœna eorum qui Edicto non obtemperant;* 4° *Denique videbimus restitui eum qui, dum Edicto obtemperat, in aliquo captus est.*

§ 1. *Quæ prohibeantur Edicto Prætoris circa Testamentum occisi, et quæ scriptura testamenti ad Edictum pertineat.*

XXXII. *Vetat Edictum ne ante quæstionem habitam Testamentum Aperiatur.*

Aperire autem hic ille videtur qui naturaliter aperit; sive sint signatæ, sive non sint ligatæ, sed tantum naturaliter clausæ. *d. l.* 3. § 19.

Aperire accipere debemus prohibitos nos, vel palam, vel publice, vel secreto: omnis enim Apertura prohibita est. *d. l.* 3. § 20.

Cæterum oportet ut dolo factum sit.

Igitur Si quis ignorans occisum, Aperuerit; non debet hoc Edicto teneri. *d. l.* 3. § 21.

Et si sciens, non tamen dolo Aperuit; æque non tenebitur: si forte per imperitiam, vel per rusticitatem, ignarus (4) Edicti Prætoris vel Senatusconsulti (5) Aperuit. *d. l.* 3. § 22.

Si quis tabulas quidem non Aperuit naturaliter, linum autem inciderit; excusatus erit, quia dolo caret qui ipsas tabulas non Aperuit. *d. l.* 3. § 23.

XXXIII. Si alius Aperuit, alius recitavit, alius descripserit; omnes in Edictum incident qui singula eorum fecerunt. *d. l.* 3. § 28.

XXXIV. Item sive jure valeat id quod Apertum est, sive non valeat; attamen Edicto locus est. *d. l.* 3. § 26.

Si autem non totum Testamentum, sed pars ejus Aperta sit; dicendum est in Edictum incidisse eum qui Aperuit: parvi enim refert utrum totum an pars Aperiatur. *d. l.* 3. § 24.

Si quis codicillos Aperuerit, Testamentum non Aperuerit; in Edictum incidit. Nam et codicilli ad causam testamenti pertinent. *d. l.* 3. § 25.

(1) Ut enim hoc casu, jure et citra culpam heredis debitoris, servus interit (supponendum est enim eum non injuria fuisse supplicio affectum; V. G. si sub eodem tecto fuit): ita et superiori casu, jure et citra culpam ejusdem heredis, ad libertatem pervenit.

(2) Supple: et tamen supplicio affectus est per injuriam. Tunc, cum injuria fecerit heres ut de eo servo supplicium sumeretur, debet legatario ejus æstimationem præstare.

(3) Ratio est ne heres, propter compendium suum, familiæ facinus occultet: ut dicetur infra. N. 35.

(4) Quæ ignorantia facile præsumitur in Minore, in rustico, in milite, in femina.

(5) Sub Augusto lati, Tauro et Lepido Consulibus: ut liquet ex l. 13. h. tit. infra. N. 38.

Eadem servantur et de his quæ ad causam substitutionis pertinent, si popillus pupillave occisus occisave esse dicetur. *d. l.* 3. § 27.

§ 2. *Quæ hereditatis aditio ad hoc Edictum pertineat.*

XXXV. Non tantum ex testamento sed etiam ab intestato hereditas ad hoc Edictum pertinet: ut ne quis adeat Bonorumve possessionem petat, antequam quæstio de familia habeatur; ne heres propter compendium suum familiæ facinus occultaret. *d. l.* 3. § 29.

Nec Bonorum possessionem peti Prætor permittit. Et ego puto ad omnes Bonorum possessiones hoc Edictum pertinere. *l.* 5. § 1. Ulp. lib. 50. ad Ed.

Quinetiam Necessarios heredes puto Edicto comprehendi, si se misceant hereditati. *d. l.* 5.

XXXVI. *Cæterum ea hereditatis aditio prohibitione Senatusconsulti non continetur, quæ fit duntaxat restituendi fideicommissi gratia.*

Hinc Si antequam pateficret testatorem occisum Tabulæ Testamenti Apertæ essent, deinde innotuisset id admissum esse; causa cognita puto compellendum institutum adire hereditatem quam suspectam diceret, et ex Trebelliano Senatusconsulto restituere. *l.* 23. Mæcian. lib. 13. fideicommissorum.

Si quis quasi suspectam hereditatem coactus adit, non tenetur (1) Edicto. *l.* 24. Ulp. lib. 50. ad Ed.

§ 3. *Quo casu Edicto locus sit, et quæ pœnæ eorum qui huic non obtemperant.*

XXXVII. *Tunc demum Edicto locus est quum patremfamilias occisum esse constat, et quidem per vim ab alio illatam.*

Hinc Ulpianus. Non alias bona publicantur, quam si constabit occisum esse patremfamilias; et heredem ante quæstionem de familia habitam supplicium que sumptum, adisse hereditatem. *l.* 5. § 2. lib. 50. ad Ed.

Et quidem oportet per vim ab alio esse occisum. At Si quis non metu criminis (2) imminentis, sed tædio vitæ vel impatientia doloris sibi manus intulit, ejus Testamentum aperiri et recitari, mortis casus non impedit. *l.* 1. § 23. Ulp. lib. 50. ad Ed.

Hinc Propter venæni quæstionem tempus petendæ possessionis non profertur; cum eo quoque suspenso criminе, recte petatur. Aliud Senatui placuit, quum a familia dominus necatus dicitur; servorum videlicet causa, quorum libertatem quæstionis habendæ gratia negligi necesse est. *l.* 21. Papin. lib. 6. respons.

Quinetiam Heres qui veneni causam persequitur, res hereditarias urgentes (3) ordinare, salvis probationum (4) indiciis, non prohibetur. *l.* 20. Papin. lib. 2. respons.

XXXVIII. Ex hoc Edicto actio proficiscitur contra eum qui adversus Edictum Prætoris tabulas Testamenti Aperuisse dicetur, vel si quid aliud fecisse dicetur. Nam, ut ex supra dictis (5) apparet, plura sunt propter quæ pœna Edicti constituta est.

Palam est autem popularem actionem esse, cujus pœna in centum aureos ex bonis damnati extenditur: et inde partem dimidiam, cujus opera convictus erit, præmii nomine se daturum Prætor pollicetur; partem in publicum redacturum. *l.* 25. § 2. Gaius lib. 17. ad Ed.

Quandiu autem hæc actio competit? In cognitione Aperti adversus Senatusconsultum Testamenti ejus qui a familia occisus dicatur, quinquennii tempus constitutum est Senatusconsulto Tauro et Lepido (6) Consulibus. Quod tamen ad extraneos (7) pertinet; namque eos qui parricidii pœna teneri possunt (8), semper accusare permittitur eodem Senatusconsulto. *l.* 13. Venuleius-Saturninus lib. 2. de Publicis Judiciis.

Hanc exceptionem refert etiam Paulus: Eorum (9) qui parricidii pœna teneri possunt, semper (10) accusatio permittitur. *l.* 10. *ff. de L. Pomp. de parricid.* Paul. lib. sing. de Pœnis omnium legum.

XXXIX. *Præterea heredibus qui Testamentum Aperiri passi sunt aut hereditatem adierunt, hereditas ut indignis aufertur et fisco vindicatur.*

Hinc Alexander: Si ea quæstio infertur filiis ejus quam consobrinam tuam dicis, quod Tabulæ Testamenti patris eorum qui a familia interfectus dicebatur, priusquam quæstio de servis haberetur, Apertæ et recitatæ sunt; propter amplissimi Ordinis Consultum hereditas a fisco vindicatur. Et ideo agi causa apud Procuratorem meum debet, quia

(1) Cessat enim ratio Edicti supra relata N. 35. cum nullum hoc casu ex sua aditione compendium heres sentire possit.

(2) Nam si metu criminis, perperam aperiretur ejus testamentum; cum testari non possit.

(3) Non potest autem alienare absque necessitate; quia potest ei auferri hereditas, si non ut par est vindictam mortis defuncti persecutus fuerit: ut videb. Sect. seq.

(4) Hinc maxime non debet manumittere servos, de quibus quæstio haberi posset.

(5) Scilicet ex lege 3. § 28. supra N. 33.

(6) Hi Consules sub Augusto inveniuntur, anno U. C. 762.

(7) Heredes.

(8) Non dicit *qui parricidii pœna tenentur*; sed *qui parricidii pœna teneri possunt*. Sensus autem est: *Qui parricidii pœna tenerentur*, si ipsi auctores cædis defuncti fuissent; illi perpetuo possunt ex Senatusconsulto accusari, si tabulas ejus aperuerint. Quæ sint autem hæ personæ, vid. infra lib. 48. Tit. *de Leg. Pomp. de parricid.*

(9) Huc pertinere hanc legem, et male sub Titulo *de Leg. Pomp. de parricid.* collocatam probat Cujacius *Observ.* IV. 14.

(10) Hoc non excludit generalem præscriptionem vicennii; ut observat Cujac. d. cap. 14.

non eo tempore pupilli (1) fuerunt. *l.* 3. *Cod. de His. quib. ut indign.*

Cæterum Si de pluribus heredibus quibusdam invitis aut ignorantibus Apertum erit Testamentum; non amittunt portiones suas, qui culpa carent. *l.* 27. CALLISTR. LIB. I. DE JURE FISCI.

Observandum superest, non solum patrisfamilias hereditatem : sed et filiifamilias qui de castrensi peculio testatus est, ex his causis publicari. Ita enim Paulus : Si filiosfamilias qui in castrensi peculio testatus est, occisus sit; omnimodo id defendendum est, ut ex quibus casibus ad fiscum patrisfamilias bona pertinent, his casibus et hujus peculium (2); potius quam ad heredes qui deliquerunt in adeundo et similibus, ultive non sunt. *l.* 8. § 1. PAUL. LIB. 46. AD ED.

§ 4. *Restitui in integrum qui dum Edicto obtemperat in aliquo captus est.*

XL. *Corollarium primum. Hinc dum non Aperitur Testamentum* Si conditioni intra diem ex die mortis præstitutum parere jussi, ignorantia non paruerunt; si idcirco ignoratum est quia metu Senatusconsulti Aperiri tabulæ non potuerunt; succurritur eis ad implendam conditionem. *l.* 3. § 31. ULP. LIB. 50. AD ED.

XLI. *Corollarium secundum. Hinc si interim heres decesserit, hereditatem ad heredem suum transmittit.*

Cæterum Eleganter Scævola ait : Ut quis ad heredem Utiles actiones transmittat, si forte ante aditionem decessit; exploratum esse debere idcirco eum non adire quod Senatusconsulto Edictoque terreatur. *d. l.* 3. § 30.

Quod Si et aliud impedimentum sit de non adeunda hereditate vel Aperiendarum tabularum, sit et Senatusconsulti; nihil prodesse impedimentum Senatusconsulti si et aliud fuit : veluti si prægnans uxor occisi fuit (3) vel etiam putabatur (4), et propterea adire hereditatem institutus non potuerit. *d. l.* 3. § *fin.*

Hinc Papinianus in hac specie. Qui posthumos heredes instituerat; non natis posthumis uxorem secundo loco scripsit heredem. Quum a familia necatus diceretur, uxor diem suum obierat : heredes mulieris actiones ex Constitutione (5) sibi dari postulabant. Eos ita demum audiendos esse respondi, si mulier quam in utero nihil gestare constabat, propter Senatusconsultum hereditatem adire noluit : alioquin prægnante ea defuncta nullam injuriæ querelam intervenisse. *l.* 4. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Hoc jus quo restituitur is qui ex observatione Senatusconsulti læsus est, confirmavit Justinianus : et consequenter constituit ut lucrum quod servis testamento manumissis accidit dum Testamentum non Aperitur, eis restituatur; et ut partus medio tempore editus pro ingenuo habeatur. l. 11. *Cod.* de His quib. ut indign.

SECTIO IV.

De Ulciscenda morte defuncti.

Heredi qui per dolum aut negligentiam defuncti mortem ultus non est, hereditatem ut indigno fiscus aufert.

Hac de re videbimus 1.° *Quando huic pœnæ locus sit, et quæ heredum personæ huic obnoxiæ sint;* 2.° *Quibus hæc accusatio pateat;* 3.° *Quid ex hac causa auferatur; et cui hoc quod aufertur cedat, et quo onere;* 4.° *Quandiu hæc accusatio inultæ mortis agitari possit.*

Pauca subjungemus de dote auferenda marito qui necem uxoris ultus non est.

§ 1. *Quando pœna inultæ necis locum habeat, et adversus quos; et quæ permittantur heredi dum necis vindictam persequitur.*

XLII. *Huic pœnæ locus est quoties defuncti necem heres ultus non est : nec refert quo mortis genere necatus sit. Hic enim* Occisus videtur non tantum qui per vim aut per cædem interfectus est, velut jugulatus aut præcipitatus; sed et is qui veneno necatus dicitur. Honestati enim heredis convenit qualemcumque mortem testatoris inultam non prætermittere. PAUL. SENTENT. *lib.* 3. *tit.* 7. § 2.

Item Ubi quis incuria necatus est, vel medici insidiis adiri quidem hereditas potest : sed heredi defensio mortis incumbit. *l.* 5. § *fin.* ULP. LIB. 50. AD ED.

Similiter Diocletianus et Maximianus : Cum fratrem tuum veneno peremptum esse asseveres : et effectus successionis ejus tibi non auferatur, mortem ejus ulcisci te necesse est. Licet enim hereditatem eorum qui clandestinis insidiis perimuntur, hi qui jure vocantur, adire non vetantur (6); tamen si interitum non fuerint ulti, successionem obtinere non possunt. *l.* 9. *Cod. de His quib. ut indign.*

(1) Nam impuberibus ignoscitur.

(2) Supple; ad fiscum pertineat, *potius quam, etc.*

(3) Adeoque non esset delata hereditas.

(4) Proindeque putabatur nondum esse delata hereditas : quod sufficit ut interim non potuerit adiri.

(5) Legendum *ex substitutione :* ut recte emendat Cujacius *Observ.* IV. 13. Sensus est : heredes mulieris postulabant sibi dari actiones hereditarias; quas mulier *ex substitutione* adeundo hereditatem adepta fuisse, si per Edictum non fuisset prohibita adire. Potest tamen retineri lectio *ex Constitutione*, et intelligi Constitutio alicujus Principis, quæ heredis heredibus hoc casu subvenire actionesque hereditarias eis dari præceperit. Et hoc forte ipso SCto cujus supra mentio fuit, cautum fuerat; et hic intelligitur Constitutio Augusti quæ hoc SCtum promulgavit et confirmavit.

(6) Vid. Sect. præced. N. 37.

XLIII. *Cæterùm oportet ut aut dolus aut saltem aliqua heredis negligentia argui possit.*

Hinc Si ideo ultio necis testatoris non est desiderata quia cædis auctores reperiri non potuerint; obesse heredibus ex quo nulla eorum culpa detegitur, non oportet. *l.* 7. *Cod. de His quib. ut indign.* ALEXANDER.

Item Præsidis iniquitate reis illatæ cædis absolutis, heredibus qui non defunctorie debitum officium impleverant, quamvis non provocassent, hereditatem auferri non oportere visum est. *l.* 21. *§ fin.* MODESTIN. LIB. 6. RESPONS.

At contra vice versa si reus condemnatus provocavit, heres provocationem prosequi debet. Hinc Alexander: minoribus viginti-quinque annis heredibus non obesse crimen inultæ mortis placuit. Cum vos autem etiam accusationem pertulisse, et quosdam ex reis punitos proponatis: licet is qui mandasse cædem dicitur, provocaverit, vereri non debetis, ne quam hereditatis paternæ quæstionem a fisco meo patiamini. Convenit (1) enim pietati vestræ, respondere causam appellationis reddenti. Quod si majoris ætatis fuissetis; etiam ex necessitate provocationis certamen implere deberetis, ut possetis adire hereditatem. *l.* 6. *Cod. de His quib. ut indign.*

XLIV. *Ex modo dictæ legis initio, patet eos demum heredes huic pœnæ obnoxios esse qui majores sunt viginti-quinque annis.*

§ 2. *Quibus heredem ex hac causa accusare permittatur.*

XLV. *Omnibus heredem ex hac causâ accusare licet, etiam his qui ab eo aliquod legatum acceperunt.*

Hoc docet Scævola. Ita ille: Fideicommissum quod ex testamento fratris patruelis Gains-Seius Titio debebat, ab heredibus Seii Titius accepit. Quæsitum est, quum necem Gaii-Seii heredes ejus non vindicaverint, an Titius nihiluminus eos heredes ut indignos accusare possit ob id quod necem ejus non vindicaverint; nec obsit ei, quod ab iisdem fideicommissum ex testamento fratris patruelis consecutus sit? Respondit, Nihil proponi cur obstaret. *l.* 26. SCÆVOLA. LIB. 34. DIGEST.

§ 3. *Quid ex hac causa heredi auferatur; et cui cedat id quod aufertur, et quo onere.*

XLVI. Heredibus autem qui in ulciscenda morte defuncti cessaverant, tam testamento quam ab intestato auferuntur bona: forte etsi quasi patronus venit, quamvis hi suo jure admittantur. *l.* 15. § 2. MARCIAN. LIB. SING. DE DELATORIB.

Portiones quoque [a] eorum fisco vindicatur (2), qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt. Omnes enim heredes, vel eos qui loco heredis sunt, officiose agere circa defuncti vindictam convenit. *l.* 21. *ff. de His quæ ut indign. aufer.* PAUL. LIB. 5. SENT.

XLVII. *Quinetiam rescripserunt Severus et Antoninus: ut* Heredes quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonæ fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse, qui debitum pietatis scientes omiserunt. Ex hereditate autem rerum distractarum, vel a debitoribus acceptæ pecuniæ post motam litem bonorum, usuras inferant. Quod in fructibus quoque locum habere quos in prædiis hereditariis inventos aut exinde perceptos vendiderint, procul dubio est. Usuras autem semisses dependere satis est. *l.* 1. *Cod. de His quib. ut indign.*

Item circa hanc hereditatis ablationem unum adhuc observandum est. Nam et in eo qui post aditam hereditatem defuncti mortem non defendit, Imperator noster cum patre rescripsit, Obligationes confusas non resuscitari. *l.* 29. § 2. *ff. de Jur. fisc.* ULP. LIB. 8. DISPUT.

Quod tamen de fructibus auferendis, et de actionibus confusis non resuscitandis, diximus; limitandum est in eo qui dolo sciens necem defuncti ultus non est.

Hinc Papinianus: Neptis quæ aviæ possessionem petierat, mortem ejus (interfectam sciens) non defenderat. Fideicommissum quod avia ex alio testamento nepti debuit, in restituendis fisco bonis non esse deducendum placuit. Dolus enim heredis punitus est. Si autem negligentia mulier emolumentum bonorum amiserit; fideicommissum esse retinendum integrato jure debiti, rationis est. *l.* 21. § 1. PAPIN. LIB. 6. RESPONS.

Et alibi: Heredem qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi; nec probe desideraturum actionem confusam restitui. Deceptum autem ignoratione facti, bonæ fidei possessoris defensionem habiturum, ante motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur; nec improbe confusam actionem reddi postulaturum. *l.* 17. *ff. de His quæ ut indign. aufer.* PAPIN. LIB. 13. RESPONS.

XLVIII. *Hactenus de hereditate auferenda. Sed et* Quum ex parte heredi instituto legatum quoque erat, et in ulciscenda morte cessaverat; Divi Severus et Antoninus rescripserunt, tam hereditatis portionem quam legatum ei auferendum. *l.* 15. § 1. MARCIAN. LIB. SINGUL. DE DELATORIB.

XLIX. *Quod heredi ex hac causa aufertur, non alii quam fisco cedit.*

Hinc quæritur: Si sequens gradus ultus fuerit necem testatoris, an [a] priore hereditas ad illum transferatur? Et ait Papinianus non esse hoc. Nam pœna illius, hujus præmium esse non debet. *d. l.* 15.

(1) Id est, convenit quidem pietati vestræ ut prosequamini causam appellationis non tamen obnoxii estis pœnæ si non feceritis.

[a] *Florent.* que.

(2) Intellige legitimam patroni portionem.

L. *Quod autem fiscus ex hac causa vindicat, ad eum transit cum onere. Igitur* Cum fisco caduca bona defuncti addicantur propter inultam mortem; in eum LEGATORUM actio datur : et libertates ratæ sunt, eorum scilicet qui Senatusconsulto (1) excipiuntur. *l.* 9. GAIUS LIB. 17. AD ED. PROVINC.

§ 4. *Quandiu hæc causa agitari possit.*

LI. *Hæc causa agitari potest etiam post mortem heredis qui necem defuncti ultus non est. Hoc docet Paulus. Ita ille :* Gaius-Seius quum langueesceret, questus est se veneno occidi a servo suo, et sic expiravit; cui heres extitit Lucia-Titia soror, et mortem ejus exsequi neglexit, et ipsa post annum decimum decessit : extitit qui bona nunciaret Gaii-Seii. Quæro an morte Titiæ extinctum sit crimen? Paulus respondit, Causam de qua quæritur, cum sit pecuniaria (2), morte ingratæ heredis extinctam non videri. *l.* 22. PAUL. LIB. 16. RESPONS.

§ 5. *De dote auferenda marito qui uxoris necem ultus non est.*

LII. Ei qui mortem oxoris non defendit, ut indigno dos aufertur. *l.* 20. *ff. de His quæ ut indign. aufer.* HERMOGEN. LIB. 3. JURIS EPITOM.

Nam Quum mortem maritus uxoris necatæ non defendit, D. Severus rescripsit dotem fisco vindicandam : prout ad maritum (3) pertineat. *l.* 27. *ff. de Jur. fisc.* ULP. LIB. 34. AD ED.

(1) Id est, eorum qui non sunt obnoxii pœnæ Senatusconsulti Silaniani : de quo egimus Sect. 1.

(2) Extinguitur quidem causa criminalis, morte nocentis (Tit. *de Accusat.* infra lib. 48.) at non causa pecuniaria.

(3) Jure Pandectarum dos adventitia mortua in matrimonio muliere semper ad virum pertinet, nisi mulier aut alius eam ab ipso reddi stipulati fuerint. Quare putat Cujacius hæc verba a Triboniano addita, quis jure Justinianeo mortua in matrimonio muliere dos amplius non pertinet ad virum nisi quatenus eam partem vir ejus retinere pactus est.

TITULUS VI.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT VEL COEGERIT.

I. ALIA *causa proponitur ex qua hereditas heredi ut indigno aufertur. Nimirum* Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, Prohibuit testamentarium (1) introire volente eo facere testamentum, vel mutare; Divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus fisco locum fore. *l.* 1. ULPIAN. LIB. 48. AD EDICT.

II. *Sed et si alio modo eum Prohibuerit Testari, idem jus locum habet.*

Hinc V. G. Si quis dolo malo fecerit ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi; denegandæ sunt actiones ei qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit, sive priore testamento scriptus. *l.* 2. PAUL. LIB. 44. AD ED.

Et generaliter rescribunt Diocletianus et Maximianus :

Eos qui ne testamentum ordinaretur impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis removeri compendio celeberrimi Juris est. *l.* 2. *Cod. h. tit.*

III. Si plures heredes instituti sint, et omnes dolo fecerint quominus testamentum mutaretur; dicendum est actiones omnibus denegari, quia omnes dolo fecerunt. *sup. d. l.* 1. § 2.

IV. *Hac autem in re factum domini aut patris in cujus potestate erat heres institutus, huic heredi nocet; quamvis solutus potestate adierit.*

Hinc Si dominus dolo fecerit ne testamentum mutaretur in quo servus ejus scriptus erat, quamvis manumissus adierit hereditatem, actiones ei denegantur : cum et liberis ejus (2) si quid fuerit datum, denegari debeat, etsi non fuerint in potestate (3). *d. l.* 1. § 1.

Alias factum ejus qui prohibuit testatorem Testari, non nocet alteri. Unde ita pergit Ulpianus : Sed si legatum ei relictum sit, idque restituere sit rogatus : consequens erit dicere admitti eum ad legatum, quod non ipse habuisset, sed ad alium sit translaturus. *d.* § 1. *sed si.*

Fratris (4) autem factum fratri non nocet. *sup. d. l.* 2. § 1.

(1) *Testamentarius* est is cujus opera utimur in scribendo Testamento.

(2) Ejus qui prohibuit.

(3) Id est, exierint ejus potestate antequam adirent hereditatem.

(4) Hujus § speciem ita ponit Cujacius. Ambo fratres testamento alicujus (puta parentis sui) heredes scripti sunt; unus ex illis prohibuit testatorem ne mutaret testamentum : hujus factum alteri non oberit : Nam hunc forte Testator in posteriori testamento æque heredem scripsisset : nullum est indicium mutatæ voluntatis erga eum qui non prohibuit. At quum pater prohibuit ne quis testamentum in quo filius ipsius heres scriptus erat mutaret; hoc ideo fecit quia sciebat Testatorem mutasse voluntatem circa filium ipsius : hæc prohibitio patris, indicium est mutatæ voluntatis erga filium : ergo factum patris filio debet obesse.

Supra dictis consonat quod Paulus libro 16. responsorum respondit :

Si scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quod testator aliud testamentum mutata voluntate facere voluit, et impeditus ab ipsis est; ab universo judicio priore recessisse eum videri (1). *l.* 19. *ff. de His quæ ut indign.*

V. *Si heres scriptus qui Prohibuit Testatorem mutare voluntatem, ab ejus hereditate excluditur; multo magis ille quem heredem scribere Testator per vim compulsus est.*

Hinc Alexander. Civili disceptationi crimen adjungitur, si Testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit scripsit heredes. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

Quod si non coactus, sed persuasus est Testator; cessat pœna.

Hinc rescribunt Diocletianus et Maximianus : Judicium postremum in se provocare maritali sermone non est criminosum. *l.* 3. *Cod. h. tit.*

Similiter si non prohibitus sed deterritus est a mutanda voluntate; cessat pœna.

Hinc Papinianus : Virum qui non per vim nec dolum quominus uxor contra eum mutata voluntate codicillos faceret intercesserat, sed (ut fieri assolet) offensam ægræ mulieris maritali sermone placaverat; in crimen non incidisse respondi : Nec ei quod testamento fuerat datum, auferendum. *l.* 3. Papin. lib. 15. respons.

VI. *Observandum hic, quemadmodum et in Edicto Tituli præcedentis, quod quibus casibus diximus auferri alicui quod ei relictum est, id fisco cum suis oneribus vindicetur.*

Hinc in specie legitimi heredis qui dolo fecerat ne defunctus testaretur, ait Paulus : Si fidei ejus qui dolum admisit commissum est ut hereditatem restitueret; ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet : ut commodum Legis Falcidiæ fiscus(2) sentiat; dodrantis autem fideicommissarius. *l.* 2. § 2. Paul. lib. 44. ad Ed.

(1) Scilicet quum ab omnibus impeditus est. Quod si ab altero tantum prohibitus est, quoad eum tantum videtur recessisse a priore judicio; ut supra dictum est : nisi mutatio voluntatis a toto priore judicio aliunde constet. Ita Cujac. ad h. l.

(2) Fiscus hoc tantum habebit, quia hoc retinere potuisset heres cui aufertur hereditas.

TITULUS VII.

DE JURE CODICILLORUM.

I. Codicilli *sunt ultima testati vel intestati voluntas minus solennis.*

De eorum origine vid. Tit. de Codicill. *in Institut.*

Conficiuntur Codicilli quatuor modis : aut enim in futurum confirmantur, aut in præteritum; aut enim in futurum confirmantur, aut in præteritum; aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento. *l.* 8. Paul. lib. singul. de Jure Codicill.

Nos bipartitam duntaxat Codicillorum divisionem faciemus; scilicet ut sint Codicilli ejus qui testamentum fecit, aut Codicilli ejus qui intestato decedit.

Circa utramque Codicillorum speciem quæremus : 1.° *Quæ personæ possint facere Codicillos;* 2.° *Quæ sit forma eorum conficiendorum;* 3.° *In quibus potissimum Codicilli a testamento differant;* 4.° *Exponemus in quibus invicem differat utraque Codicillorum species.*

ARTICULUS I.

Quæ personæ Codicillos facere possint.

II. Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. *l.* 6. § 3. Marcian. lib. 7. instit.

Hinc Aristo negavit valere Codicillos ab eo factos qui paterfamilias necne esset, ignorasset (1).

Ulpianus notat : Nisi veteranus fuit; tunc enim et testamentum valebit : veteranus enim quamvis filiusfamilias, potest de castrensi peculio testari. 5. de testam. N. 11. *l.* 9. Marcell. lib. 9. digest.

Et quidem Codicilli toties valent quoties quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intelligemus; ut exigamus potuisse eum eo tempore quo scribit eos codicillos, testamentum facere. Quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit? Sed si jure testamenti factionem

(1) Is enim testari non potest; l. 15. ff. *qui Testam. facere poss.*

habuit. *l.* 8. § 2. PAUL. LIB. SING. DE JURE CODICILLORUM.

Illud patet quod Furiosus non intelligitur Codicillos facere quia nec aliud quicquam agere intelligitur; cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur. *l.* 2. § 3. JULIAN. LIB. 37. DIGEST.

ARTICULUS II.

De forma conficiendorum Codicillorum.

III. *Ante omnia requiritur ut qui eos confecit, voluerit Codicillos facere.*

Unde Sæpissime rescriptum et constitutum est, eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi Codicillos id valere; videri nec Codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in Codicillis poterit valere, tamen non debetur. *l.* 1. ULP. LIB. 4. DISPUTAT.

Maxime autem intelligitur Codicillos non testamentum facere voluisse, si neminem heredem instituit.

Hinc Si Palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis (1) collata fuerint; Julianus ait, tabulas testamenti non intelligi quibus heres scriptus non est; et magis Codicilli quam testamentum existimandæ sint (2). Et hoc puto rectius dici. *l.* 20. PAUL. LIB. 5. AD LEG. JUL. ET PAPIAM.

An autem in specie sequenti Codicillos, an testamentum facere voluerit, voluntatis est quæstio.

Tractari solet de eo qui quum tabulas testamenti non fecisset, Codicillis ita scripsit: TITIUM HEREDEM ESSE VOLO. Sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam quam Codicillorum instar habere voluit reliquerit; an vero testamentum facere se existimaverit. Nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. Voluntatis autem quæstio ex eo scripto plerumque declarabitur. Nam si forte a Titio legata reliquit; substitutum ascripsit, heres si non extitisset; sine dubio, non Codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligitur (3). *l.* 13. § 1. PAPIN. LIB. 19. QUÆST.

IV. *Sed et quum quis testamentum facere voluit; scripturam quam jure testamenti valere voluit et quam aut non perfecit, aut non jure fecit, valebit jure Codicillorum*, Si ille complexus sit ut vim etiam Codicillorum scriptura debeat obtinere. *l. fin. Cod. de Codicill.*

Cæterum si quod sibi hac scriptura relictum est, quis tanquam ex testamento petierit; non poterit amplius illud quasi ex Codicillis petere: nisi fuerit ex parentibus aut liberis defuncti usque ad quartum gradum Agnationis, et usque ad tertium Cognationis. d. l. fin. Cod. d. tit.

V. *Jure Pandectarum nihil aliud requisitum fuisse videtur ad formam Codicillorum, quam ut defunctus voluerit scripturam quæ profertur jure Codicillorum valere; et de ejus voluntate constiterit.*

Hinc epistolam jure Codicillorum valere, et per epistolam fideicommissa relinqui passim videre est.

Cæterum Litteræ quibus hereditas præmittitur vel animi affectus exprimitur, vim Codicillorum non obtinent (4). *l.* 17. PAUL. LIB. 3. SENTENT.

VI. Codicillos et plures quis facere potest; et ipsius manu neque scribi neque signari necesse est. *l.* 6. § 1. MARCIAN. LIB. 7. INSTIT.

Et quidem Licet in confirmatione Codicillorum paterfamilias adjecerit ut non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos; tamen valent facti ab eo Codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint. Nam ea quæ postea geruntur, prioribus derogant. *d. l.* 6. § 2.

Hinc quidem Testamento filium et uxorem suam heredes instituit: postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius, ei donavit; et adjecit præcipua hæc eum sui que juris et post mortem suam habere velle. Quæro cum testamento significaverit si quid obsignatum recepisset, id vice Codicillorum valeret; epistola autem non sit obsignata; an quæ epistola continentur, ad filium pertineant? Respondi: Si fides epistolæ relictæ constaret, deberi quæ in eam dare se velle significavit. *l.* 89. *ff. de Legatis* 2.° SCÆVOLA LIB. 4. RESPONS.

VII. *Constantinus, vel ut rectius alii volunt Constantius (l. 1. Cod. Theod.* de Testam. et Codicill.*) primus* (5) *testes in Codicillis qui ab intestato fiunt desideravit. Postea vero ex Constitutione Theodosii*: In omni ultima voluntate, excepto testamento (6), quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando inscriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. *l.* 8. § *fin. Cod. de Codicill.*

ARTICULUS III.

In quibus potissimum Codicilli a testamento differant.

VIII. *Jam obiter vidimus (N. 6.) plures unius*

(1) Nullam heredis institutionem continentibus.

(2) Hæ tabulæ erunt Codicilli; nuncupatio autem heredis viva voce facta coram legitimo testium numero ad hoc rogatorum, erit testamentum.

(3) Cum enim Jure Pandectarum legata nonnisi testamento relinqui possent, item nonnisi testamento substitui heres jure directo possit; consequens est defunctum existimasse eam scripturam in qua hæc continerentur, esse testamentum.

(4) Neque enim voluisse videtur qui eas litteras scripsit, ut vim Codicillorum haberent; magisque pollicebatur se relicturum quam relinquebat.

(5) Nec obstat lex 22. Cod. *de Fideicomm.* Quod enim ibi de testibus dicitur, refertur ad ea fideicommissa quæ *Nutu* fieri posse dicuntur, adeoque non poterant nisi per testes probari.

(6) An hoc necessarium sit etiam in illis Codicillis qui testamento confirmati sunt, disputant Interpretes.

hominis Codicillos esse posse; quamvis unicum testamentum esse debeat.

In eo autem maxime a testamento Codicilli distinguntur; quod, quum oporteat testamentum continere heredis institutionem, contra heres Codicillis non possit institui.

Hujus Juris rationem tradit Papinianus. Ita ille: Quod per manus traditum est Codicillis hereditatem dari non posse rationem illam habet; ne per Codicillos qui ex testamento valerent, ipsum testamentum quod vires per institutionem heredum accepit, confirmari videretur. *l.* 10 PAPIN. LIB. 15. QUÆST.

Aliam rationem tradit Constantinus qui ita rescribit. Si idem Codicilli quod testamenta possent; cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter Codicillis instituendi ac substituendi potestas, Juris auctoritate data non est. *l.* 7. *Cod. de Codicill.*

IX. *Cum Codicillis hereditas dari non possit; hinc sequitur* 1.° *quod* Hereditas testamento inutiliter data, non potest Codicillis quasi hereditas confirmari. *l.* 2. § *fin.* JULIAN. LIB. 37. DIGEST.

Nota: Sed ex fideicommisso petitur, salva ratione Legis Falcidiæ. *d.* § *fin.*

2.° *Illud etiam sequitur quod conditio sub qua quis in testamento heres scriptus est, non possit Codicillis remitti.*

Hinc cum necessarii heredis institutio intelligatur facta sub conditione sub qua libertas ei relicta est (ut vid. supra Tit. de Hered. instit. *N.* 16.*) ait Ulpianus:* Servus testamento heres pure scriptus, liber autem jussus esse SI INTRA KALENDAS DECEMBRES DEDISSET DECEM: si Codicillis pure libertatem acceperit; intra Kalendas quidem neque liber, neque heres erit nisi decem dederit; si intra Kalendas non dederit, liber ex Codicillis erit (1). *l.* 38. § 1. *ff. de Hered. instit.* JULIAN. LIB. 30. DIGEST.

X. *Jam vero ex eo quod Codicillis adimi non possit hereditas; sequitur* 1.° *Heredis institutioni frustra conditionem Codicillis addi. Hinc* Divi Severus et Antoninus rescripserunt: Nihil egisse matrem quæ, quum pure liberos suos heredes instituerit, conditionem emancipationis Codicillis adjecit: quia neque conditionem heredi instituto Codicillis adjicere, neque substituere directo potest. *l.* 6. MARCIAN. LIB. 7. INSTIT.

Unde quidam Heredi quem testamento pure instituit, Codicillis scripsit conditionem. Quæro an ei parere necesse habeat? Modestinus respondit: hereditas Codicillis neque adimi potest. Porro (2) in defectu conditionis, de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur. *l.* 27. § 1. *ff. de Condit. instit.* MODEST. LIB. 8. RESPONS.

2.° *Ex eo quod Codicillis hereditas adimi non possit, sequitur etiam quod ait Julianus. Ita ille:* Regula est Juris Civilis qua constitutum est hereditatem adimi non posse (3). Propter quam (4) liber et heres esse jussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit (5). *l.* 13. § 1. *ff. de Lib. et posth.* JULIAN. LIB. 29. DIGEST.

Aliam rationem affert Ulpianus cur necessario heredi adimi libertas non possit. Ita ille de servo communi: Si sit cum libertate institutus; an ei libertatis datio Codicillis adimi possit, apud Julianum quæritur? Et putat in eum casum quo necessarius fieret, ademptionem non valere; ne a semetipso ei adimatur libertas. Servus enim heres institutus, a semetipso libertatem accipit. Quæ sententia habet rationem: nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi. *l.* 6. § *fin. ff. de Hered. instit.* ULPIAN. LIB. 4. AD SABIN.

XI. *Quod diximus Codicillis hereditatem nec dari nec adimi posse, intelligendum est jure directo; per fideicommissum autem relinqui Codicillis posse jam supra obiter notavimus.*

Hoc etiam rescribit Philippus: Hereditatem quidem neque dari neque adimi Codicillis posse manifestum est. Verbis tamen precariis per hujusmodi etiam novissimi judicii ordinationem Jura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te Codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem quam testamento fueras consecuta aliis restitueres, falso tibi persuasum est. *l.* 2. *Cod. de Codicill.*

XII. *Item Codicillis licet dari hereditas non possit; tamen* Institutio talis, SI CODICILLIS SEIUM HEREDEM SCRIPSERO, HERES ESTO, non est inutilis in quovis herede instituto, præter filium (6). Est enim conditionalis institutio: nec videtur hereditas Codicillis data, quod interdictum est; verum conditionalis est hæc institutio quæ testamento data esset. Proinde et si ita scripserit, CUJUS NOMEN CODICILLIS SCRIPSERO, ILLE MIHI HERES ESTO; pari ratione dicendum erit institutionem valere, nullo Jure impediente. *l.* 10. *de Condit. instit.* ULP. LIB. 8. DISPUTAT.

Similiter Asse toto non distributo; ita scriptum est, QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, HERES ESTO:

(1) Non heres Cur autem ante Kalendas liber non erit, cum pure libertatem acceperit codicillis? Scilicet quia differtur ejus libertas, dum conditio sub qua scriptus est heres potest exsistere; ut vid. supra Tit. *de Hered. instit.* N. 16.

(2) Sensus est: Atqui conditionem ascribere, nihil aliud est quam in defectum ejus conditionis hereditatem adimere; et de hoc videtur cogitare qui conditionem ascribit: ergo Codicillis conditio ascribi non potest.

(3) Nisi alio testamento jure perfecto.

(4) Regulam.

(5) Hæc ademptio libertatis erit inutilis, quia contineret ademptionem hereditatis; cum servus proprius testatoris non possit ei existere heres, nisi simul ab eo accepta libertate.

(6) Institutio filii sub conditione facta non valet, nisi ea sit conditio quæ sit in potestate filii.

Titium Codicillis heredem instituit. Ejus quidem institutio valet; ideo quod licet Codicillis dari hereditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur. *l.* 77. *ff. de Heredib. inst.* PAPIN. LIB. 17. QUÆST.

Obiter nota: Sed hoc tantum (1) ex hereditate habebit, quantum ex assis residuum mansit. *d. l.* 77.

ARTICULUS IV.

In quibus differat utraque Codicillorum species.

§ 1. *Discrimen primum.*

XIII. *In eo discrepant Codicilli ejus qui testatus decedit, a Codicillis ejus qui intestatus decedit; quod Codicilli ejus qui intestatus decedit, nulla confirmatione indigeant.*

Contra Ante tabulas testamenti Codicilli facti non aliter valent, quam si testamento quod postea factum est vel Codicillis confirmentur [aut voluntas eorum (2) quocumque indicio retineatur]. Sed non servabuntur ea de quibus aliter defunctus novissime judicavit. *l.* 5. PAPIN. LIB. 7. RESPONS.

Hanc Papiniani sententiam Rescripto Severi et Antonini temperatam fuisse ex Justiniano discimus. Ita ille: Sed quum ante testamentum factum (3) Codicilli facti erant; Papinianus ait non aliter vires habere quam si SPECIALI (4) postea voluntate confirmentur. Sed Divi Severus et Antoninus rescripserunt, Ex iis Codicillis qui testamentum præcedunt posse fideicommissum peti; si appareat (5) eum qui testamentum fecit, a voluntate quam in Codicillis expresserat, non recessisse. *Inst.* Tit. *de Codicill.* § 1.

Generaliter autem confirmati intelliguntur per clausulam quæ in specie sequenti refertur. Plotiana Celso suo salutem. Lucius-Titius his verbis ita cavit: SI QUID TABULIS ALIOVE QUO GENERE AD HOC TESTAMENTUM PERTINENS RELIQUERO, ITA VALERE VOLO. Quæro an Codicilli qui ante hoc testamentum scripti sunt, debeant rati esse? Juventius-Celsus Plotianæ salutem. Hæc verba SI QUID AD HOC TESTAMENTUM PERTINENS RELIQUERO, VALERE VOLO; etiam ea quæ ante testamentum scripta sunt comprehendere. *l.* 18. CELSUS LIB. 20. DIGEST.

Enimvero nil refert confirmatio præcedat an sequatur Codicillos.

Hinc Diocletianus et Maximianus: Sive initio quæ fuerat Codicillis relicturus, generaliter; sive novissime relicta servari mandaverit; confirmatione munitus nullam justam gerere sollicitudinem potes. *l.* 6. *Cod. h. tit.*

XIV. *Interdum testator, non quoslibet Codicillos, sed* QUOS NOVISSIMOS SCRIBERET, *confirmare se declarat. Quo casu ait Paulus*: Si quis certi generis Codicillos confirmaverit, puta QUOS NOVISSIMOS FECERO; non utique statim quæ Codicillis dantur, consistere videbuntur quamdiu alii quoque fieri possint. Et ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt. *l.* 8. § *fin.* PAUL. LIB. SINGUL. DE JURE CODICILLORUM.

§ 2. *Secundum discrimen.*

XV. *Codicilli ejus qui intestatus decedit, per se efficaces sunt. Contra* Testamento facto, etiamsi Codicilli in eo confirmati non essent (6), vires tamen ex eo capient. *l.* 3. § *fin.* JULIAN. LIB. 39. DIGEST.

XVI. *Corollarium Primum.* Si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi Codicillis nullius momenti erit. *d.* § *fin.*

XVII. *Corollarium Secundum.* Ab intestato factis Codicillis relicta, etiam postea natus intestati successor debebit. Quicumque enim ab intestato successerit, locum habent Codicilli. Nam unus casus (7) est: nec interest quis succedit, dum intestato succedat. Ad testamentum autem quod quoquo tempore fecisset, pertinent Codicilli. Et ut manifestius dicam; intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant Codicilli, sed vicem testamenti exhibent; testamento autem facto jus sequuntur ejus. *l.* 16. PAUL. LIB. 21. QUÆST.

XVIII. *Codicillos ab intestato factos non rumpi agnatione posthumi docet etiam Julianus in specie sequenti; ubi et eorum Codicillorum vim plenius explicat.*

Si quis, quum testamentum nullum habebat, Codicillis fideicommissa hoc modo dedit: QUISQUIS MIHI HERES ERIT BONORUMVE POSSESSOR, EJUS FIDEI COMMITTO; fideicommissa præstari debent: quia paterfamilias qui testamenti factionem habet,

(1) Vid. l. 17. ff. *de Hered. instit.*

(2) Inclusa, a Triboniano addita recte censet Cujacius ad h. l. Papinianus enim expressam confirmationem desiderabat, ut ex infra mox dicendis liquebit. Nec peculiaris fuit Papiniano hæc sententia, sed jamdiu ante ejus ætatem recepta; ut constat ex Plinio Lib. 2. Epist. 16. « TU PRO » TUA diligentia admones me Codicillos Aciliani qui me » heredem instituit, pro non scriptis habendos *quia non* » *sint confirmati testamento*. Quod jus ne mihi quidem » ignotum est; cum sit iis etiam notum qui nihil aliud » sciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi; ut » defunctorum voluntates, etiam si jure deficerentur, quasi » perfectas tuerer ».

(3) Meminit tantum eorum qui *ante testamentum*. Quamvis enim et ii qui post testamentum fierent, confirmari solerent majoris securitatis gratia (ut apparet ex l. 6. Cod. infra mox relata) tamen hanc specialem confirmationem non fuisse quoad illos necessariam, satis liquet ex l. 3. § 2. h. t.

(4) Expressa.

(5) Id est (ut interpretatur Vinnius) *nisi appareat recessisse*. Ex eo enim solo quod non apparet eum recessisse, satis apparet non recessisse.

(6) Puta post testamentum facti.

(7) Quum testamento legata relinquuntur, possunt in plures casus relinqui in eum casum quo quis heres ex institutione existet; et in eum casum quo ex substitutione existet heres. At quum Codicillis ab intestato relinquuntur, in unicum casum relinquuntur; scilicet si quis heres aut bonorum possessor existat: adeoque nil refert quis ille sit qui existat heres. Cujac.

et Codicillos faceret, perinde haberi debet ac si omnes heredes ejus essent ad quos (1) legitima ejus hereditas vel Bonorum possessio perventura esset.

Sed et si post Codicillos factos natus quis esset, proximus agnatus vel Suus heres; fideicommissum præstari debebit. Intelligitur enim is quoque heres scriptus (2): et ideo non perinde habendus est ac si rupisset hos Codicillos. *l.* 3. *pp. et* § 1. JULIAN. LIB. 39. DIGEST.

Quod si Codicillis ab intestato factis non QUISQUIS HERES ERIT *gravatus est; sed Codicilli ad filium qui jam natus erat, scripti sunt: Codicilli quidem nato posthumo non rumpentur; sed is solus qui jam natus erat, et ad quem Codicilli scripti sunt, gravatus intelligetur.*

Hoc docet Papinianus: Qui gravi utero uxorem esse ignorabat, Codicillis ad filium scriptis libertates dedit. Nata post mortem patris filia, cum de ea nil patrem sensisse constitisset, placuit libertates a solo filio præstari posse (*l.* 11. PAPIN. LIB. 19. QUÆST.): Redemptis a sorore partibus. *l.* 12. IBID. LIB. 22.

Illud enim sine dubio dici non potest, etiam filiam manumittere cogendam; cum ab ea nihil pater petierit, et jure suo heres extiterit. *l.* 13. IBID. LIB. 19.

Et quidem exceptis libertatibus (quas qui jam natus est, hoc casu in solidum debet) cætera quæ dividua sunt, pro parte duntaxat ex qua heres erit qui jam natus est debebit; pro reliqua parte, hæc non debebuntur; cætera individua nullatenus debebuntur: ut in specie sequenti.

Is qui unum filium habebat, quum Codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus; herede eo, et quem postea procreavit. Agnatione Sui heredis nemo dixerit Codicillos evanuisse. Igitur si nihil tum de posthumis speravit; et Codicilli non evanescent, et quæ relicta sunt, pro parte dimidia filius ad quem Codicillus factus est solvere compellitur, non etiam posthumus. Sed et si Codicillos reliquisset duobus superstitibus filiis decedens, cum putaret alterum ex his prius decessisse: simili modo dici potest; omnis perinde debere filium ad quem scripti sunt Codicilli, atque si solus heres extitisset patri: imo duntaxat partem debet. Eorum tamen quæ pro parte præstari non possunt, nihil eorum præstandum; quoniam (3) ille non fuerit filio ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum. *l.* 19. MARCELLUS LIB. 14. DIGEST.

XIX. *Quamvis diximus contra obtinere in Codicillis ejus qui testamentum fecit, scilicet ut infirmato testamento et ipsi indistincte rumpantur; tamen si post ruptum testamentum eos defunctus confirmavit, valebunt quasi ex nova voluntate.*

Ita enim rescribit Alexander: Rupto quidem testamento posthumi agnatione, Codicillos quoque ad testamentum pertinentes non valere in dubium non venit. Sed eum post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum litteras emisisse proponatis, quibus præcedens judicium confirmavit; Prætor nihil contra Jus fecit, si novissimam ejus voluntatem secutus, relictum testamento Reipublicæ fideicommissum, ut ex Codicillis relictum, præstandum esse pronunciavit. *l.* 1. *Cod. h. tit.*

§ 3. *Tertium discrimen.*

XX. *Hoc tertium discrimen inter utramque Codicillorum speciem, ex superioribus profluit.*

Nimirum Codicilli ab intestato facti æstimantur eo tempore quo facti sunt. Contra ejus qui testamentum fecit Codicillorum jus singulare est; ut quæcumque in his scribentur perinde haberentur; ac si in testamento scripta essent. Ideoque servo qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, Codicillorum tempore alienus, recte (4) libertas directa datur. Et contra si quum testamentum fiebat alienus esset, Codicillorum tempore testatoris; intelligitur alieno servo libertas data: et ideo (5) licet directæ libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est. *l.* 2. § 2. JULIAN. LIB. 37. DIGEST.

Si recte Codicillis relictum intelligitur ei qui tempore testamenti in ea causa erat ut ipsi relinqui posset, quamvis tempore Codicillorum jam desierat in ea causa esse; multo magis hoc obtinebit, si desiit quidem causa quæ testamenti tempore existebat, verum nova causa emersit ex qua possit sustineri quod ipsi relictum est.

Hinc Si quis Stichum legaverit (6) et eumdem alienaverit vel manumiserit, deinde Codicillis eidem legatum dederit; legatum vel manumisso vel emptori debebitur (7). *l.* 91. § 5. *ff. de Legatis* 1.° JULIAN. LIB. 36. DIGEST.

(1) Id est, perinde ac si illi ad quos legitima hereditas pertinet, heredes essent ex testamento. Æque etenim a legitimis heredibus fideicommissum relinqui potest, quemadmodum et a testamentariis: infra Tit. *de Legatis*. Part. 1.

(2) Ex eo quod quis intestatus decesserit et alium heredem non scripserit, hunc posthumum legitimum heredem quodammodo instituisse videtur. Nam videtur dare qui quod adimere potest, non adimit.

(3) Concordat lex 77. § 29. ff. *de Legatis* 2.°

(4) Vulgo legitur *non recte*. Negationem autem delendam Cujacius monet, et contextus ostendit. Libertas tamen non habebit exitum; nisi, die quo cedet inveniatur hereditarius servus.

(5) Et ideo directe libertas ei relinqui non potest. At licet directa ei relinqui non possit, potest relinqui fideicommissaria. Ita explicat Cujacius.

(6) Stichus ergo tempore testamenti erat in ea causa ut ipsi legari posset. Nam servo proprio qui legatus est, recte relinquitur. Infra Tit. *de Legatis*. Part. 1.

(7) Tempore Codicillorum quibus legatum ei relictum est; desierat quidem causa ex qua tempore testamenti legatum ei relictum posset sustineri; nam legatum Stichi, hujus alienatione et multo magis manumissione ademptum videbatur. Verum præterquam quod sufficiebat eam extitisse tempore testamenti, emerserat nova causa ex qua poterat ei legari; scilicet ejus nova conditio manumissi aut servi alieni.

XXI. *Cum tempus testamenti, non Codicillorum, inspiciatur; hinc si testator tempore testamenti jus testandi habuerit, non inspicitur an illud habuerit quum Codicillos fecit : ut in specie sequenti.*

Si post factum testamentum Codicillos quis confirmaverit, deinde adrogandum se præbuerit, et ibi (1) Codicillos fecerit; atque ita emancipatus decesserit : quæritur an ex Codicillis legata debeantur? Nam et testamentum valet; sed eo tempore (2) eos fecit quo testamenti factionem non habuit. Nec similis est muto qui recte Codicillos confirmaverit (3); licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat, in eodem statu est. Hujus autem testamentum sublatum est, et de alienis (4) quodammodo rebus testatur. Sed dicemus Codicillos valere : nam (5) et si posthumus natus ruperit testamentum et decesserit, nihilominus Codicilli valent. *l.* 8. § 3. Paul. lib. sing. de Jure Codicill.

Ita demum autem hoc obtinet, si testamenti factionem ante mortem recuperaverit : alioquin Codicilli non valebunt.

Igitur de casu quo eam non recuperasset, accipe quod tradit Marcellus. Quædam (6) non referuntur ad confirmationem Codicillorum : veluti si ante captivitatem quis Codicillos confirmaverit, et in captivitate Codicillos scribat. Nam non valent. Idem est si aliquo modo jus testamenti faciendi desierit habere. *l.* 7. Marcian. lib. 2. regul.

Secus autem esset, si reversus esset. Hinc Tryphoninus : Codicilli si quos in tempore captivitatis scripserit; non creduntur jure subtili confirmati testamento quod in civitate fecerat. Sed nec fideicommissum ex his peti potest : quia non sunt ab eo facti qui testamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio Codicillorum; et is postea reversus est, et postliminio jus suum recepit : humanitatis rationi congruum est, eos Codicillos ita suum effectum habere quasi in medio nulla captivitas intercessisset. *l.* 12. § 5. *ff. de Captiv. et postlimin. reversis.* Tryphon. lib. 4. disput.

XXII. *Quod hactenus diximus, tempus testamenti non Codicillorum inspici, obtinet circa ea quæ Juris sunt. Verum* Præterea in illis quæ non Juris sed facti sunt, non est perinde habendum quod Codicillis scribitur, atque si, ubi confirmatur [a], scriptum fuisset : veluti si ita in Codicillis scriptum erit, Vestem quæ mea est; Codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item Si Titius vivus est, vel si tot annis est, Codicillis legavit Seio : tempus Codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandum. *sup. d. l.* 7. § 1.

Hinc quum quæritur an extiterit cui legatum relictum sit; quia hoc facti est, tempus Codicillorum, non testamenti inspicitur.

Igitur Si ei qui post testamentum factum et ante Codicillos scriptos natus esset, Codicillis per fideicommissum aliquid daretur; utile (7) est. *l.* 2. Julian. lib. 37. digest.

Quod si ei qui post testamentum factum et antequam Codicilli scriberentur mortuus esset, datum esset; pro non scripto (8) habetur. *d. l.* 2. § 1.

Si post testamentum factum mortuo Codicillis quis legaverit, licet testamento confirmatis; pro non scripto legatum fit. *l.* 6. § *fin.* Marcian. lib. 7. institut.

XXIII. *Similiter quum quæritur an extiterit qui gravatus fuerit; cum hoc quoque facti sit, tempus Codicillorum inspicitur.*

Hinc Scævola. Quidam referunt (quantum repeto, apud Vivianum) Sabini et Cassii et Proculi expositam esse in quæstione hujusmodi (9) controversiam : an legata quæ posteaquam instituti mortem obierunt, Codicillis ascripta vel adempta sunt, a substitutis debeantur? Id est, an perinde datio et ademptio etiam hoc tempore Codicillis

(1) Apud adrogatorem.

(2) Hic incipit objectio.

(3) Mutus testari non poterat, quia solennia verba mancipationis proferre non potest; ad testamentum autem quod antequam mutus esset fecerat, Codicillos quamvis mutus effectus adjicere poterat. Unde concluditur in Codicillis tempus testamenti, non tempus quo Codicilli fiunt spectandum. Adversus quam conclusionem replicat per hæc verba : *licet enim, etc.*

(4) Nam cum omnibus rebus suis transivit in potestatem arrogatoris.

(5) Quod dixit Codicillos valere, hac ratione nititur quod non debet attendi medium tempus, inter tempus testamenti ex quo Codicilli vires capiunt, et tempus mortis. Hanc autem rationem confirmat exemplo posthumi qui post testamentum natus, si ante mortem testatoris decesserit, ... testamentum et Codicillos valere, saltem Jure Prætorio.

(6) Id est, quædam talia ... Codicillis ut ad tempus testamenti quo Codicilli confirmantur, referri non possint.

[a] *Florent.* confirmatio.

(7) Testamento autem inutiliter ei relictum esset, utpote nondum nato.

(8) Ut sunt ea quæ nunquam valuerunt : et hæc apud heredem remanent. Quod si ei qui demum post testamentum mortuus est, testamento relictum esset; non id haberetur pro non scripto, sed esset in causa caduci et fisco cederet. De his vid. infra. Tit. *de Legatis.* Part. 5.

(9) Hujus legis hæc species est : Testator instituit ex asse Primum, et substituit Secundum. Medio tempore inter testamentum et Codicillos mortuus est Primus. Testator ab instituto quem forte ignorabat mortuum, Codicillis legatum alicui reliquit; vel legati quod testamento reliquerat præstationem illi instituto remisit. Quæritur an datio illa, vel ademptio Codicillis contenta valeat; legatumque his Codicillis datum debeatur a substituto, prosit ve ei ademptio legati Codicillis contenta? Supponendum etiam est in hac specie testatorem aut testamento aut Codicillis significasse suam voluntatem, ut substitutus in onus legatorum ab instituto relictorum succederet : alioquin quæstioni hujus legis locus esse non potuisset; nondum enim temporibus Cassii et Proculi, substitutus in onus legatorum jure communi succedebat : quod demum Constitutione Severi introductum est.

facta valeat, ac si testamento facta esset. Quod Sabinum et Cassium respondisse aiunt, Proculo dissentiente. Nimirum autem Sabini et Cassii collectio, quam et ipsi redduot, illa est; quod Codicilli pro parte testamenti babentur, observatiooemque et legem Juris inde traditam servent (1). Ego autem ausim sententiam Proculi verissimam dicere. Nullius enim momenti est legatuoi quod datum est ei qui tempore Codicillorum in rebus humaois non est, licet testameoti fuerit. Esse euim debet cui detur; deinde sic quæri, an datum coosistat: ut non ante Juris ratio quam persona quærenda sit. Et (2) in proposito igitur quod post obitum heredis Codicillis legatum vel ademptum est, nullius momenti est; quia heres ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est; eaque ademptio et datio ounc vana (3) efficietur. Hæc io eo herede qui ex asse institotus erit, dato substituto; ita ut ab instituto Codicilli coofirmarentur (4). *l.* 14. SCÆVOLA LIB. 8. QUÆST.

Quod si duo iostituti siot, substitutis datis (5); unusque eorum decesserit: utilia videotur legata (6). Sed circa coheredem erit tractatus, numquid totum legatum debeat; si, QUISQUIS MIHI HERES ERIT, legatom erit; ao vero noo, quia sit substitutus heres qui partem faciat licet ipse noo debeat? Idem etiam potest circa nomina (7) expressa tractari. Multoque magis solum coheredem totum debere (8) puto; quia is adjunctus sit, qui, etiam tunc quum adjungebatur, io rebus humanis noo erat. *d. l.* 14. § 1.

Africanus autem ait: Sed cum ea testatoris voluntas fuerit ut ex oniversa hereditate legata erogarentur; dicendum scriptis heredibus profuturam Doli exceptionem, si amplius quam hereditaria portio petatur. *l.* 15. LIB. 2. QUÆST.

XXIV. *Item in ascriptis libertatibus si quæratur an defunctus consilium fraudandorum creditorum habuerit, cum hoc quoque facti sit, tempus Codicillorum inspicitur.*

Hinc Eum qui Codicillorum tempore solveodo sit, recte libertatem dare placuit; quamvis testamenti facti tempore solvendo oon fuerit. *l.* 4. JULIANUS LIB. 63. DIGESTORUM.

Contra vice versa Si quis integris facultatibus Codicillos coofirmavit, deinde cum consilium creditorum fraudandorum cepisset, libertates Codicillis dederit: obtiueri oon potest quominus Lege libertates interpellarentur. Nam consilium testatoris fraudulentum, non eo tempore observatur quo [a] Codicilli confirmantor, sed quo [b] libertas Codicillis datur. *l.* 7. *ff. Qui et a quib. manum.* JULIAN. LIB. 2. AD URSEIUM-FEROCEM.

XXV. *Item quum quæritur an testator major viginti annis fuerit, ut manumittere potuerit; tempus quo Codicilli facti sunt, duntaxat inspicitur. Sic enim Severus et Antoninus:* Si Codicillos major viginti annis fecisset, coofirmationis (9) tempus libertati non nocere certum est. Nec enim potestas Juris, sed potestas judicii consideratur (10). *l.* 1. *Cod. de Testament. manumiss.*

XXVI. *Denique non inspicitur tempus testamenti, sed ipsorum Codicillorum, quum quæritur an jure militari valere debeant.*

V. G. Si miles testamentum quidem ante militiam, sed Codicillos in militia fecerit; an jure mi-

(1) Vis eorum argumenti hæc est: Codicilli pro parte testamenti habentur, ac legem Juris inde trahunt; ita ut ex testamento magis quam ex ipsis Codicillis æstimari debeat an quod Codicillis relictum est, valere debeat. Ex qua regula pinguius accepta et non satis perpensa colligunt, legatum Codicillis ab iostituto relictum valere; quamvis tempore Codicillorum mortuus esset iostitutus a quo relictum est; quia periude haberi debet, ac si tempore testamenti quo institutus vivebat relictum esset.

(2) Quod datum est Codicillis ei qui tempore Codicillorum mortuus esset, inutiliter dari nemo inficiabitur. Pariter dici debet non valere quod datur Codicillis ab eo qui tempore Codicillorum mortuus sit: nec enim minus repugnat quid relinqui a mortuo, quam relinqui aliquid mortuo.

(3) Nam ab eo qui non est, nihil dari nec adimi potest. Cum igitur eo tempore quo datum aut ademptum supponitur, heres institutus a quo datum aut ademptum est, jam non esset; inutiliter ab instituto datum ademptumve est. Ergo quod ita Codicillis datum erit, a substituto non debebitur; quia ab instituto inutiliter datum est, a substituto autem datum non est. Pariter quod ita Codicillis ademptum erit, quasi non fuerit ademptum debebitur, quia ab instituto (qui jam non erat) inutiliter ademptum est, a substituto autem ademptum oon est. Ita Cujac. ad l. 5. *in Tract. ad African.*

(4) Sensus est: hæc vera sunt in specie in qua heres ex asse institutus est dato substituto; et Codicillis, ab instituto qui jam mortuus erat, non etiam a substituto, aliquid relictum *vel* ademptum esset: ita ut Codicilli ab instituto a quo bis Codicillis relictum erat, essent confirmandi; non etiam a substituto a quo nihil his Codicillis relictum est, confirmari possent. Recte autem in hac specie definitur relicta his Codicillis non valere: quia cum institutus a quo his relictum est, jam tum mortuus esset; non potuit ille qui in rebus humanis non erat, Codicillos confirmare: nec potuit valere quod his Codicillis ab eo relictum aut ademptum est.

(5) Et Legata ab utroque instituto, non etiam a substitutis, Codicillis relicta siot.

(6) Existit enim unus eorum a quibus relicta sunt.

(7) Id est, in casu quo ab heredibus institutis reliquit; oomine eorum expresso: puta, *Titi et Cai rogo vos, etc.*

(8) Ita stricto Jure; aliter autem suadet æquitas, ut mox docet Africanus.

[a] *Florent.* quod.

[b] Ibid.

(9) Id est, tempus testameoti ex quo Codicilli vires suas et confirmationem suam accipiunt, et quo nondum major viginti annis erat testator.

(10) Quasi diceret: ætas quæ requiritur ut quis manumittere possit servos suos, magis pertinet [illegible] quam ad Jus. Non enim ex defectu [illegible] standi Minor servos suos manumittere [illegible] prohibetur: sed ex defectu certi judicii [illegible] est impedimentum facti, non Juris. Porro in his quæ sunt facti tempus Codicillorum spectatur.

litari valeant Codicilli quæritur? (quoniam testamentum (1) jure communi valet, nisi si militiæ tempore signavit vel quædam adjecerit.) Certe Codicilli militiæ tempore facti non debent referri ad testamentum; sed jure militari valent. *l.* 8. § 4. PAUL. LIB. SINGUL. DE JURE CODICILLORUM.

Vice versa Si miles testamentum in militia fecerit, Codicillos post militiam; et intra annum missionis moriatur; plerisque placet, in Codicillis, Juris Civilis regulam spectari debere; quia non sunt a milite facti: nec ad rem pertinere quod testamento confirmati sunt. Ideoque in his legatis quæ testamento data sunt, Legi Falcidiæ locum non (2) esse: at in his quæ Codicillis scripta sunt, locum esse. *l.* 17. § 4. *ff. de Testam. milit.* GAIUS LIB. 15. AD ED. PROVINC.

(1) Quæstio est de Codicillis tantum, non de testamento; quoniam cum supponatur ante militiam factum, non jure militari valet sed jure communi, nisi tamen tempore militiæ resignatum fuerit, etc.

(2) Nec enim locum habet in testamento militis.

TABULA

Qua nominatim Leges omnes cum suis Paragraphis [§] et Versiculis [¶] ordini Digestorum restituuntur.

In qualibet Columna, pars prior indicat seriem ordinis Legum et Paragraphorum in Digestis; Posterior indicat Numerum quem sub unoquoque Titulo dictæ Leges occupant in hoc Opere.

LIBER DECIMUS-TERTIUS.

TITULUS I.

De Condictione furtiva.

TITULUS II.

De Condictione ex Lege.

TITULUS III.

De Condictione triticaria.

TITULUS IV.

De eo quod certo loco dari oportet.

TITULUS V.

De Pecunia constituta.

Series Tit. VII. *De Pignerat. act.*

Lex. Si convenerit. 18. *N. 4. d. tit.*
§ 1 Si nuda proprietas. *N.* 15. *d. tit.*
§ 2 Si fundus pigner. *N.* 11. in Tit. *Quib. mod. pign. solv.*
§ 3 Si quis caverit. *N.* 12. *d. tit.*
§ 4 Servus rem. } *N.* 14. in Tit.
L. Eadem et de } *de Pignor.*
filiofam. 19. } *et hypoth.*
L. Aliena res. 20. *N.* 17. *d. tit.*
§ 1 Si pluribus. *N.* 3. in Tit. *Qui potior. in pign.*
§ 2 Si per creditorem. 13
§ 3 Interdum etsi. 12
L. Domo pignori. 21. *N.* 15. in Tit. *Quæ res pignori.*
L. Si pignore. 22. 10
§ 1 Idem Papin. ait, Et si. *ib.*
§ 2 Si prædo. 2
§ 3 Si post distractum. 25
§ 4 Si creditor quum. 26
L. Nec enim amplius. 23. *ib.*
L. Eleganter apud. 24. *N.* 36. in Tit. *de Distract. pign.*
§ 1 Qui reprobos. 11

Series Tit. VII. *De Pignerat. act.*

Lex 24. § 2. Si vendiderit. *N.* 20
§ 3 In pigneratitio. 18
¶ quare si prostituit. 14
L. Si servos. 25. 24
L. Non est mirum. 26. *N.* 4. in Tit. *de Reb. auct. jud. possid.*
¶ testamento quoque. *N.* 2. in Tit. *de Pign. et hypoth.*
§ 1 Sciendum. *N.* 4. in Tit. *de Reb. auct. jud. possid.*
L. Petenti mutuam. 27. *N.* 14. in Tit. *de Præscr. verb.*
L. Si creditor. 28. *N.* 43. in Tit. *de Rei vind.*
§ 1 Si servus pro. 3
L. Si rem alienam. 29. *N.* 56. in Tit. *de Usucap.*
L. Qui ratiario. 30. 17
L. Si servus pignori. 31. 29
L. Cum debitore. 32. 27
L. Si pecuniam. 33. 1
L. Titius quum. 34. 12
L. Quum et sortis. 35. *N.* 30. in Tit. *de Distract. pign.*

Series Tit. VII. *De Pignerat. act.*

Lex 35. § 1 Pignus manente. *N.* 26. in Tit. *de Pign. et hypoth.*
¶ potest tamen et precario. *N.* 27. *d. tit.*
L. Si quis in. 36. *N.* 27
§ 1 Sed et si quis. *ib.*
¶ plane si ea res. 28
L. Si pignus mihi. 37. *N.* 27. in Tit. *de Pign. et hypoth.*
L. Pupillo capienti. 38. *N.* 4. in Tit. *de Auctor. tutor.*
L. G. Seïus ob. 39. 12
L. Debitore a cre- } *N.* 20. in Tit.
ditore. 40. } *de Distract.*
§ 1 Debitoris. } *pignor.*
§ 2 Soluta pecunia. 16
¶ itaque si medio tempore. *N.* 5. in Tit. *Quæ res pign.*
L. Rem alienam. 41. *N.* 19. in Tit. *de Pignor. et hyp.*
¶ non est idem. *N.* 20. *d. tit.*
L. Creditor judicio. 42. 20
L. *fin.* Locum purum. 43. 14
§ 1 Titius [cum] pecuniam. 18

LIBER DECIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

De Exercitoria actione.

Lex Utilitatem. 1. *h. tit. N.* 2.
§ 1 Magistrum navis. 1
§ 2 Sed si cum. 6
§ 3 Magistri autem imponunt. 7
§ 4 Cujus autem conditionis. 5
§ 5 Magistrum autem accip. 3
§ 6 Navem accipere. 1
§ 7 Non autem ex omni. 7
§ 8 Quid si mutuam. 8
§ 9 Unde quærit. *ib.*
§ 10 Sed et si in pretiis. *ib.*
§ 11 Sed si ab alio. *ib.*
§ 12 Igitur præpositio. 7
§ 13 Si plures sint. 4
§ 14 Sed et si sic. 4
§ 15 Exercitorem. 1
§ 16 Parvi autem refert. 11
§ 17 Est autem nobis electio. 17
§ 18 Sed ex contrario. 18
§ 19 Si is qui navem. 12
§ 20 Licet autem detur. 14
¶ ideo autem ex. 12
¶ sed si sciente. 14
§ 21 In potestate. 12
§ 22 Si tamen servus. 15
§ 23 Quanquam autem. 13

Series Tit. I. *De Exercit. actione.*

Lex 1. § 24 Hæc actio. 17
§ 25 Si plures navem. 10
L. Ne in plures. 2. *ib.*
L. Nec quidquam. 3. *ib.*
L. Si tamen plures. 4. 10
§ 1 Sed si plures exerceant. *ib.*
§ 2 Sed si servus plurium. 13
§ 3 Si servus sit qui. *ib.*
§ 4 Hæ actiones perpetuo. 16
L. Si eum. 5. 5
¶ ex locato tamen. *ib.*
§ 1 Item si servus meus. 17
§ 2 Si unus ex his. 9
L. Si servus non voluntate. 6. 14
§ 1 Si communis. 13
L. *fin.* L. Titius Stichum. 7. 8
§ 1 Interdum etiam. *ib.*
§ 2 Eadem fere. *N.* 13. in Tit. *de Instit. act.*

TITULUS II.

de Lege Rhodia de jactu.

Lex Lege Rhodia. 1. *h. tit. N.* 1
L. Si laborante. 2. 9
§ 1 Si conservatis. 3

Series Tit. II. *De Lege Rhodia.*

Lex 2. § 2 Quum in eadem. 4
¶ itidem agitatum est. 5
§ 3 Si navis a piratis. 2
§ 4 Portio autem. 8
§ 5 Servorum quoque. 3
§ 6 Si quis ex vectoribus. 9
§ 7 Si res quæ. 10
§ 8 Res autem jacta. *N.* 77. in Tit. *de Acq. rer. domin.*
L. Quum arbor. 3. 3
L. Navis onustæ. 4. 2
§ 1 Sed si navis. 7
¶ eorum vero. *ib.*
§ 2 Quum autem jactus. 6
L. Amissæ navis. 5. 3
§ 1 Arbore cæsa. *ib.*
L. Navis adversa. 6. *ib.*
L. Quum depressa. 7. *ib.*
L. Qui levandæ. 8. *N.* 77. in Tit. *de Acq. rer. dom.*
L. Deprecatio. 9. 1
L. *fin.* Si vehenda. 10. 14
§ 1 Si ea conditione. 12
¶ idem Juris erit. *ib.*
§ 2 Si conduxisti. 13

TITULUS III.

DE INSTITORIA ACTIONE.

TITULUS IV.

DE TRIBUTORIA ACTIONE.

TITULUS V.

QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICETUR.

TITULUS VI.

DE SENATUSCONSULTO MACEDONIANO.

LIBER QUINTUS-DECIMUS.

TITULUS I.

DE PECULIO.

Series Tit. I. *De Peculio.*

Lex Sed si quis servum. 33. *N.* 40
L. Non penes quem. 34. *ib.*
L. At quum heres. 35. 41
L. In bonæ fidei. 36. 84
L. Si creditor filii. 37. *N.* 9. in Tit. *de Hered. vel act. vend.*
§ 1 Si servo tuo. 22
§ 2 Servum communem. 52
§ 3 Si actum sit. 34
¶ nihil interest. 46
L. Deposui apud. 38. 85
§ 1 Si nuptura. 79
§ 2 Stichus habet. 75
§ 3 Servo quem tibi. 47
L. Peculium et ex eo. 39. 8
L. Peculium nascitur. 40. 13
§ 1 Quomodo autem. 11
¶ crescit quum. 13
L. Nec servus quidquam. 41. *N.* 1. in Tit. *Quod cum eo.*
L. In adrogatorem. 42. 21
L. Si posteaquam. 43. 57
L. Si quis cum filiofamil. 44. } *N.* 2 in. Tit. *Quod cum eo qui.*
L. Ideoque si pater 45. }
L. Qui peculii administrat. 46. 14
L. Quotiens in taberna. 47. 22
§ 1 Sabinus respondit. 24
§ 2 Si semel actum. 83
§ 3 Si creditor servi. 43
§ 4 Non tantum autem. 49
§ 5 Si servus deducto. 73
§ 6 Quæ diximus. 43
L. Libera peculii. 48. 16
§ 1 Cui peculii administratio. 14
L. Non solum id. 49. 3
§ 1 Si ignorante me. 65
§ 2 Ut debitor vel. 7
L. Eo tempore. 50. *N.* 18. in Tit. *Quib. ex caus. in possess.*
¶ sed fidejussorem. *N.* 14. in Tit. *de Fidejussorib.*
§ 1 Si creditor patrem. *N.* 28. in Tit. *de Duob. reis.*
§ 2 Etiam postquam. 87
§ 3 Servus alienus. 29
¶ cum Ad exhibendum. *ib.*
L. Quod debetur. 51. 55
L. Ex facto quæritur. 52. 76
¶ plane in cæteris creditor. 78
¶ plane si ex re pupilli. 77
¶ nec tamen interesse. 76
¶ quid ergo est? 77
§ 1 Si dos filiofamilias. 78
L. Si Sticho peculium. 53. *N.* 2. in Tit. *de Pecul. legato.*
L. Filiofam. uni ex. 54. 48
L. Is cum quo. 55. *N.* 4. in Tit. *Ne quis eum qui in Jus, etc.*

Series Tit. I. *De Peculio.*

Lex Quod servus meus. 56. *N.* 66
L. Si filius vel. 57. 54
§ 1 Sed eum qui. *N.* 17. in Tit. *de Pecul. legat.*
§ 2 At si quis. *N.* 18. d. Tit.
L. *fin.* Uni ex heredibus. 58. 48

TITULUS II.

QUANDO DE PECULIO ACTIO ANNALIS EIT.

Transfusus est in præcedentem.

Lex Prætor ait: Post mort. 1. *N.* 36
§ 1 Quandiu servus. 37
§ 2 Annus autem utilis. *ib.*
§ 3 Merito autem temporar. *ib.*
§ 4 Alienatio autem. 39
¶ mors autem. *ib.*
¶ emancipatio vero. *ib.*
¶ sed et si morte. *ib.*
§ 5 In alienatione. *ib.*
§ 6 Sed et si donavit. 39
§ 7 Item heres ejus. 41
¶ Pegasus autem. *ib.*
§ 8 Si præcepto servo. *N.* 48 in Tit. *ad SC. Trebell.*
§ 9 Usufructu quoque. 39
§ 10 Quæsitum est. N. 18. in Tit. *de except. rei Jud.*
L. Cum post mortem. 2. 38
§ 1 Si servus cui. 39
L. *fin.* Definitione peculii. 3. 36

TITULUS III.

DE IN REM VERSO.

Lex Si hi qui. 1. *h. tit. N.* 1
§ 1 Nec videtur. *ib.*
§ 2 Item si plures. *ib.*
¶ certe si præventum. 14
L. Qui nummis. 2. 4
L. Quod si servus. 3. 13
§ 1 In rem autem versum videtur, sive. 6
§ 2 Et regulariter. 2
§ 3 Proinde si servus. 8
§ 4 Sed si mutua. 11
§ 5 Idem Labeo ait: Si. 4
§ 6 Necnon illud. 11
§ 7 Unde recte dicitur. 10
§ 8 Sed et si servum. *ib.*
§ 9 Sed si sic accepit. 6
§ 10 Si mutuatus sit. 17
L. Sed dicendum est. 4. *ib.*
L. Si res domino. 5. 9
§ 1 Idem ait: Sive ratum. 2
§ 2 Quod servus domino. *N.* 1. in Tit. *de Pecul.*
§ 3 Placet non solum. 3

Series Tit. III. *De in rem verso.*

Lex Nam si hoc. 6. *N.* 3
L. Et ideo et si. 7. 12
§ 1 Plane si mutuum. *ib.*
§ 2 Illud verum non. 3
§ 3 Illud plane. 8
§ 4 Idem ait: Et si hereditat. 3
§ 5 Si filiusfam. pecuniam. 8
L. Et nihil interesse. 8. *ib.*
L. Si vero pater. 9. 8
L. Si pro patre. 10. 5
§ 1 Cui simile est. 7
§ 2 Idem tractat Papinianus. 12
§ 3 Quare potest. 7
§ 4 In rem autem versum videtur, prout. 19
§ 5 Sed utrum in. 21
§ 6 Versum autem sic. 15
§ 7 Si domini debitor. 13
¶ et ideo sive debitor. 14
§ 8 Idem quærit si decem. *ib.*
§ 9 Idem quærit: Si in rem. 15
§ 10 Idem tractat, an ex. 5
L. Quod servus in hoc. 11. 4
L. Si fundum patri. 12. 9
L. Si in rem alterius. 13. 18
L. Interdum et propter. 14. *ib.*
L. Si filiusfam. constituerit. 15. 5
L. Quidam fundum. 16. 13
L. Servus in rem domini. 17. 10
§ 1 Cum Sticho vicario. 20
L. Quamvis in eam rem. 18. 16
L. Filiusfam. togam. 19. *N.* 56. in Tit. *de Pecul.*
L. Pater pro filia. 20. 8
§ 1 Servus absentis. *N.* 19. in Tit. *de Novation.*
L. *fin.* Filiamfam. duxit. 21. 8

TITULUS IV.

QUOD JUSSU.

Lex Merito ex jussu. 1. *h. tit. N.* 1
§ 1 Jussum autem. 6
§ 2 Sed ego quæro. *ib.*
§ 3 Sed et si mandaverit. 7
§ 4 Sed et si servi. *ib.*
§ 5 Quid ergo si. 8
§ 6 Si ratum. 7
§ 7 Si pupillus. 4
§ 8 Si jussu fructuarii. 3
§ 9 Si curatore. 5
L. Si tutoris. 2. *ib.*
§ 1 Si jussu domini. 2
§ 2 Si jussu meo. 5
L. Dominum qui jussit. 3. 14
L. Si jussu ejus. 4. 5
L. *fin.* Si dominus vel. 5. 2
§ 1 Si unus ex. 10

LIBER DECIMUS-SEXTUS.

LIBER DECIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

MANDATI VEL CONTRA.

TITULUS II.

PRO SOCIO.

LIBER DECIMUS-OCTAVUS.

TITULUS I.

DE CONTRAHENDA EMPTIONE, ET DE PACTIS INTER EMPTOREM ET VENDITOREM COMPOSITIS; ET QUÆ RES VENIRE NON POSSUNT.

TITULUS II.

DE IN DIEM ADDICTIONE.

TITULUS III.

DE LEGE COMMISSORIA.

TITULUS IV.

DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA.

TITULUS V.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QUANDO LICET AB EMPTIONE DISCEDERE.

TITULUS VI.

DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITÆ.

TITULUS VII.

DE SERVIS EXPORTANDIS; VEL SI ITA MANCIPIUM VÆNIERIT UT MANUMITTATUR, VEL CONTRA.

LIBER DECIMUS-NONUS.

TITULUS I.

DE ACTIONIBUS EMPTI ET VENDITI.

TITULUS III.

De Æstimatoria.

TITULUS IV.

De Rerum permutatione.

TITULUS V.

De Præscriptis verbis et in factum actionibus.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS I.

De Pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur; et de pactis eorum.

TITULUS II.

IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR.

TITULUS III.

QUÆ RES PIGNORI VEL HYPOTHECÆ DATÆ OBLIGARI NON POSSUNT.

TITULUS IV.

QUI POTIORES IN PIGNORE VEL HYPOTHECA HABEANTUR, ET DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

LIBER VIGESIMUS-PRIMUS.

TITULUS III.

DE EXCEPTIONE REI VENDITÆ ET TRADITÆ.

LIBER VIGESIMUS-SECUNDUS.

TITULUS I.

DE USURIS ET FRUCTIBUS, ET CAUSIS ET OMNIBUS ACCESSIONIBUS, ET MORA.

TITULUS II.

DE NAUTICO FENORE.

TITULUS III.

DE PROBATIONIBUS ET PRÆSUMPTIONIBUS.

TITULUS IV.

DE FIDE INSTRUMENTORUM, ET AMISSIONE EORUM.

TITULUS V.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QUANDO LICET AB EMPTIONE DISCEDERE.

TITULUS VI.

DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITÆ.

TITULUS VII.

DE SERVIS EXPORTANDIS; VEL SI ITA MANCIPIUM VÆNIERIT UT MANUMITTATUR, VEL CONTRA.

LIBER DECIMUS-NONUS.

TITULUS I.

DE ACTIONIBUS EMPTI ET VENDITI.

Series Tit. I. *De Actionibus.*

TITULUS II.

LOCATI-CONDUCTI.

Series Tit. II. *Locati-conducti.*

Series Tit. II. *Locati-conducti.*

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS II.

In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

TITULUS III.

Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt.

TITULUS IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt.

LIBER VIGESIMUS-PRIMUS.

TITULUS II.

DE EVICTIONIBUS, ET DUPLÆ STIPULATIONE.

TITULUS III.

DE EXCEPTIONE REI VENDITÆ ET TRADITÆ.

LIBER VIGESIMUS-SECUNDUS.

TITULUS I.

DE USURIS ET FRUCTIBUS, ET CAUSIS ET OMNIBUS ACCESSIONIBUS, ET MORA.

TITULUS II.

DE NAUTICO FENORE.

TITULUS III.

DE PROBATIONIBUS ET PRÆSUMPTIONIBUS.

TITULUS IV.

DE FIDE INSTRUMENTORUM, ET AMISSIONE EORUM.

TITULUS V.

DE TESTIBUS.

TITULUS VI.

DE JURIS ET FACTI IGNORANTIA.

LIBER VIGESIMUS-TERTIUS.

TITULUS I.

DE SPONSALIBUS.

TITULUS II.

DE RITU NUPTIARUM.

TITULUS III.

DE JURE DOTIUM.

TITULUS IV.

DE PACTIS DOTALIBUS.

TITULUS V.

DE FUNDO DOTALI.

LIBER VIGESIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

LIBER VIGESIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

DE IMPENSIS IN RES DOTALES FACTIS.

TITULUS II.

DE ACTIONE RERUM AMOTARUM.

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS I.

DE TUTELIS.

TITULUS II.

DE TESTAMENTARIA TUTELA.

TITULUS III.

DE CONFIRMANDO TUTORE VEL CURATORE.

TITULUS VIII.

DE AUCTORITATE ET CONSENSU TUTORUM ET CURATORUM.

TITULUS IX.

QUANDO EX FACTO TUTORIS VEL CURATORIS MINORES AGERE VEL CONVENIRI POSSUNT.

TITULUS X.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

LIBER VIGESIMUS-SEPTIMUS.

TITULUS I.

DE EXCUSATIONIBUS.

TITULUS II.

UBI PUPILLUS EDUCARI VEL MORARI DEBEAT, ET DE ALIMENTIS EI PRÆSTANDIS.

TITULUS III.

DE TUTELÆ ET RATIONIBUS DISTRAHENDIS, ET UTILI CURATIONIS CAUSA ACTIONE.

TITULUS IV.

DE CONTRARIA TUTELÆ, ET UTILI ACTIONE.

TITULUS V.

DE EO QUI PRO TUTORE PROVE CURATORE NEGOTIA GESSIT.

TITULUS VI.

QUOD FALSO TUTORE AUCTORE GESTUM ESSE DICATUR.

TITULUS VII.

DE FIDEJUSSORIBUS, ET NOMINATORIBUS, ET HEREDIBUS TUTORUM ET CURATORUM.

TITULUS VIII.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

LIBER VIGESIMUS-OCTAVUS.

TITULUS II.

DE LIBERIS ET POSTHUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS VEL EXHEREDANDIS.

TITULUS III.

DE INJUSTO, RUPTO, IRRITO FACTO TESTAMENTO.

TITULUS IV.

DE HIS QUÆ IN TESTAMENTO DELENTUR, INDUCUNTUR, VEL INSCRIBUNTUR.

TITULUS V.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

TITULUS VI.

DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

TITULUS VII.

DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

Pleræque hujus Tituli Leges transfusæ sunt in Tit. * de Conditionib. et demonstrationib. *infra lib.* 35.

LIBER VIGESIMUS-NONUS.

TITULUS II.

DE ACQUIRENDA VEL OMITTENDA HEREDITATE.

TITULUS III.

TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR, INSPICIANTUR ET DESCRIBANTUR.

TITULUS IV.

SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI, AB INTESTATO VEL ALIO MODO POSSIDEAT HEREDITATEM.

TITULUS V.

DE SENATUSCONSULTO SILANIANO ET CLAUDIANO, QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR.

TITULUS VI.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT VEL COEGERIT.

TITULUS VII.

DE JURE CODICILLORUM.

FINIS TABULÆ TOMI SECUNDI.

E TYPIS I. JACOB, PRÆFECTURÆ TYPOGRAPHI, VERSALIÆ.

